



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

**CIRCULATE
TO CABINET
ONLY**



**TIJDSCHRIFT VOOR
RECHTSGESCHIEDENIS**

**REVUE
D'HISTOIRE DU DROIT**

ONDER REDACTIE VAN

SOUS LA DIRECTION DE M.M.

A. S. DE BLÉCOURT — J. VAN KAN — J. VAN KUYK

E. M. MEIJERS

DEEL V

TOME V

HAARLEM — H. D. TJEENK WILLINK & ZOON — 1924.

TIJDSCHRIFT VOOR RECHTSGESCHIEDENIS
REVUE D'HISTOIRE DU DROIT

LE DROIT LIGURIEN DE SUCCESSION¹⁾

PAR

E. M. MEYERS (LEIDEN).

I

Il y a plus de dix ans qu'en travaillant à mon livre, „le droit de succession” — tome IV du manuel de droit civil néerlandais, commencé par C. Asser —, j'avais l'intention d'y joindre une carte indiquant les limites des anciens droits de succession des Pays-Bas. A première vue cela me semblait une tâche très aisée. Les sources avaient été publiées et avaient déjà fait l'objet de plusieurs études excellentes. Les auteurs étaient à peu près d'accord pour déterminer quels droits étaient d'origine frisonne, quels d'origine saxonne et quels d'origine franque. Je n'avais autre chose à faire, qu'à reproduire leurs conclusions.

Il existait pourtant quelques divergences d'opinion. Le soi-disant droit d'échevinage, qui avait été en vigueur dans la Hollande méridionale et dans la Zélande, était selon quelques-uns un droit franc, selon d'autres un droit frison. Les opinions s'opposaient de la même manière pour la province de Drenthe. Mais après tout il me semblait qu'un court examen des sources suffirait pour que je me rallie à l'une ou l'autre des deux opinions.

C'est le droit d'échevinage, qui m'a fait renoncer à mon intention première. En étudiant ce droit de succession, je remarquai qu'il était très difficile de le ranger, soit sous le droit des Francs,

¹⁾ Cet article constitue l'introduction de mon livre „Le droit ligurien de succession et ses évolutions en Suisse, en Italie, en France et dans les Pays-Bas” dont le Tome I paraîtra prochainement dans les „Verhandelingen van de Koninklijke Academie van Wetenschappen” (Travaux de l'Académie Royale d'Amsterdam). Pour les preuves des faits, mentionnés dans cette introduction, je me borne à renvoyer à cette publication.

soit sous le droit des Frisons. D'abord il est tout à fait erroné de le limiter à la Hollande méridionale et à la Zélande. Toute la Flandre flamande, une grande partie du Brabant et de l'Artois, et quelques lieux en Hainaut ont exactement le même droit. Cette extension et, en outre, les particularités de ce droit d'échevinage étaient aussi incompatibles avec un droit frison qu'avec un droit franc. J'ai été forcé de surseoir à mes investigations.

Plus de dix ans se sont écoulés depuis. Pendant tout ce temps j'ai repris avec des intermittences plus ou moins longues un objet d'étude qui me devenait de plus en plus cher. Et à présent que j'ai achevé mes recherches et que je me mets à en publier les résultats, j'ai la sensation de perdre un bon ami. Des idées, qui ont été mes confidentes pendant des années, vont me quitter et seront traitées par le public soit avec indifférence, soit comme des chimères.

Il n'y a qu'une chose qui soit de nature à me donner un peu de consolation. Je consens à accepter les critiques comme justes mais à une condition qui forme un aveu indivisible avec ce consentement: c'est qu'on reconnaisse qu'il y a une chose, qui repose sur des hypothèses encore plus vagues et plus improbables que mon exposition des faits, à savoir la science contemporaine du droit germanique avec ses deux hypothèses, l'une qui déclare droit germanique tout droit dans l'Europe occidentale qui n'est pas d'origine romaine, l'autre qui considère comme le temps de la plus grande évolution de ce droit la période de l'histoire humaine, qui est une des plus obscures et des plus tristes, celle du neuvième au douzième siècle.

Pour préciser ce que je pense de ces deux hypothèses de la science contemporaine, je commence la publication des résultats de mes investigations par la description du droit ligurien de succession, droit qui a survécu en Italie, en Suisse, et aussi en France et aux Pays-Bas, à la domination des Gaulois, à celle des Romains et à l'invasion des peuples germaniques, qui n'a été aboli ni par la loi célèbre de Caracalla de 212, ni par le Code de Théodose ou le Code de Justinien, ni par les lois barbares, ni par l'homologation des coutumes, et, dont on peut retrouver les vestiges même dans les codes modernes.

II

Le droit ligurien de succession, comme tous les droits primitifs de succession, a ses racines dans l'organisation de la famille. Le droit ligurien est incompréhensible, si l'on néglige de diriger son attention sur la place que la maison familiale et le chef de famille occupent dans cette organisation.

Dans une famille ligurienne, si la fertilité de la terre le permet, plusieurs générations habitent ordinairement ensemble dans une maison ou une groupe de maisons. De là la place particulière que prend la maison de famille dans le droit de famille et de succession. Cette maison peut se nommer le *lar* dans les provinces basques et gasconnes, *l'hospice* dans la Suisse romande, le *maelstede* dans la Flandre flamande, c'est toujours la même chose.

C'est la maison, qui décide si le mari ou la femme en se mariant quitte sa famille et entre dans celle de ses alliés. Au fond le régime matrimonial des biens et les gains de survie ne sont pas différents pour l'homme et la femme, mais pour celui qui reste dans la maison de famille et pour celui qui la quitte. La terminologie elle-même exprime déjà souvent cette idée. Dans les provinces basques on distingue dans un mariage entre *lo proprietari* et *lo adventici* et chacun de ces deux peut être le mari ou la femme. *Lo adventici* mâle, c'est la personne que la coutume de Vizcaya désigne comme „el Varon que à la casa de la muger veniere”. Ce sont à peu près les mêmes termes qu'on retrouve dans le droit du Vallais en Suisse, qui assimile à la fille, qui quitte sa famille avec une dot mobilière: „maritus qui cum dote et mobilibus bonis ad domum et ad mansionem seu matrimonium alicuius mulieris hereditarie pervenerit”. Et la distinction mal comprise jusqu'ici du même droit entre *la femme mariée en échez* et *la femme mariée en héritage*, n'est autre chose que la distinction entre la femme *proprietari* et la femme *adventici* du droit basque. Dans ces provinces les mots parlent d'eux-mêmes, mais nous retrouverons la chose dans beaucoup d'autres contrées. Les droits de l'Auvergne, du Bourbonnais, du Limousin, du Nivernais, pour ne nommer que les principaux, ont conservé pendant tout le moyen âge et plusieurs siècles après les traces de cette organisation primitive de la famille.

La cohabitation de plusieurs personnes, même de plusieurs générations, dans une maison ou dans un assemblage de maisons exige un chef de famille avec des pouvoirs efficaces. Entre ces cohabitants — quelli che sono dello casale, comme, dans un temps récent, les parents sont encore nommés dans la Corse — la propriété est une propriété familiale; les membres de la famille n'ont au fond que des droits individuels de jouissance plus ou moins étendus. Le chef de famille fait prévaloir sa position en déterminant ces droits individuels; il fixe les biens que les filles en se mariant peuvent emporter avec elles, comme leur part de la propriété familiale; souvent il a le droit d'assigner des biens pour une jouissance individuelle à ses frères majeurs qui restent dans la copropriété familiale. Il faut se souvenir de ce fait pour comprendre comment un même droit peut mener, sans beaucoup de modifications, aussi bien à la primogéniture et au privilège du sexe masculin qu'à l'égalité de tous les enfants, soit mâles, soit femmes. Si l'idée d'un chef de famille disparaît, mais que l'idée de la copropriété familiale reste, alors l'égalité du droit de jouissance se joint à l'égalité du droit de propriété; si l'idée de copropriété s'efface et que l'idée d'un chef de famille s'accroît, alors les droits que le chef de la famille avait autrefois comme représentant de son groupe deviennent ses droits individuels; il est seul propriétaire et il donne une part de sa propriété individuelle à ses frères cadets ou aux femmes qui se marient sans que les uns et les autres aient un droit de propriété avant cette provision. *Le parage* entre nobles, basé sur le droit de primogéniture, et la *fraireschie* entre roturiers, basé sur le principe de l'égalité, trahissent néanmoins la même origine. Nous aurons l'occasion de le démontrer plus amplement si nous exposons le droit de l'ouest de la France.

A côté de ce rapport entre l'organisation de la famille et le droit de succession, il y a un autre trait général du droit ligurien de succession, qui mérite une mention spéciale. C'est le caractère très dogmatique de ce droit. On peut condenser tout le droit ligurien de succession en quelques règles, qui, avec leurs conséquences, donnent tout le système. Le caractère dogmatique de ce droit, ainsi que sa connexion avec l'organisation de la famille, sont les causes principales de la résistance extraordinaire

qu'il opposa aux lois et aux mœurs tout à fait différentes des vainqueurs successifs. L'organisation de la famille a subsisté; dans les familles les principes de la dévolution des biens sont restés appliqués, et cela a suffi pour conserver les institutions primitives.

III

On peut ramener à quatre les principes caractéristiques du droit ligurien de succession.

1°. La succession des descendants est régie par l'idée d'une copropriété entre le père ou la mère et ses descendants. Dans cette copropriété tous les enfants d'un même mariage comptent ensemble pour une personne (le principe de la copropriété par moitié).

Si une personne est décédée sans descendants, alors les principes dirigeants sont les suivants:

2°. Tous les biens, meubles et immeubles, vont du côté d'où ils sont venus; c'est la règle, *paterna paternis, materna maternis*, mais appliquée à tous les biens (le principe du retour).

3°. Les ascendants et les collatéraux aux degrés plus proches du tronc commun que le *de cuius* ne succèdent pas, s'il y a des parents collatéraux au même degré que le *de cuius* (les „*evenknieën*”) ou à un degré plus bas. C'est la règle, les biens ne remontent pas, mais appliquée à tous les biens, meubles et immeubles, et excluant aussi bien les ascendants en ligne directe que les ascendants en ligne collatérale (le principe du „*pareil degré*”).

4°. Les enfants d'un parent prédécédé représentent leur père ou leur mère aussi bien dans les lignes collatérales que dans les lignes directes; delà une division par souches et non par têtes (le principe de la représentation).

IV

Le principe de la copropriété par moitié.

Il va de soi, que l'idée d'une copropriété entre le père et la mère et les descendants de chacun d'eux n'influe pas seulement sur le droit de succession; c'est ainsi que le consentement des enfants aux actes d'aliénation et l'impossibilité de faire des acquêts à part, sont aussi

des conséquences de la copropriété. Mais par rapport au droit de succession, il faut mentionner les conséquences suivantes.

Le père a le droit de donner sa part de la propriété familiale à un enfant majeur; par cet acte il met l'enfant hors de la communauté familiale. Les sources du moyen-âge désignent ordinairement cet acte par le mot latin, *emancipatio*; néanmoins il ne faut pas oublier que cet acte concerne toujours aussi bien les biens de famille que la personne de l'émancipé. Souvent le père émancipe son fils dissipateur comme châtiment de sa conduite. Dans quelques cas (mariage de l'enfant, second mariage du père ou de la mère), les enfants aussi ont le droit d'exiger qu'ils reçoivent leur part de la copropriété familiale, même pendant la vie du parent en question; alors les enfants tous ensemble reçoivent la moitié de la propriété familiale, qui était sous l'administration de leur parent; et il dépend de la mesure où le privilège de la primogéniture ou du sexe masculin est reconnu, que cette moitié reste sous l'administration du premier-né des fils à l'exclusion des filles, ou de tous les enfants également.

Une autre conséquence du principe d'après lequel tous les enfants d'un même mariage comptent vis à vis de leur père ou mère pour une personne, se manifeste, lorsque une personne s'est mariée plusieurs fois. Alors si elle décède sans avoir donné pendant sa vie aux enfants d'un de ces mariages leur part, les enfants partagent la succession par mariage, ou, comme on dit souvent, par ventres ou par souches. La subdivision entre les enfants d'un même mariage se fait ensuite avec l'application éventuelle du privilège de la primogéniture ou du sexe masculin. Et alors, lorsque un père a des enfants de deux mariages, le droit de primogéniture, devenu un droit individuel, trahit encore son origine. Dans ce cas il reste évident que le premier né ne recevait pas originairement pour lui seul, mais pour l'unité dont il était le chef. Cette unité ne comprenait que les enfants d'un même mariage. C'est pourquoi il ne reçoit qu'une part des biens de son père ou sa mère; c'est le chef des enfants du second mariage qui reçoit l'autre moitié. On a donc le phénomène singulier d'un père qui peut avoir plusieurs premiers nés ou comme l'ancienne coutume de Bayonne de 1273 dit: *Totz hom pot haber hun o dus o tres o motz prims*.

V

Le principe du retour.

Le principe du retour est bien connu dans le droit coutumier français. On croit souvent que ce principe est emprunté au droit féodal, mais on oublie que la règle est d'une étendue beaucoup plus large que le régime féodal. Le principe dans sa forme originelle embrasse aussi bien les biens meubles que les immeubles, les biens acquis que les biens hérités. Mais pour appliquer la règle à tous ces biens, et spécialement aux biens acquis, qui ne viennent d'aucun côté, il faut faire usage de fictions. Pour nous, hommes du Nord, qui connaissons les brocards du droit d'échevinage, c'est tout simple, mais en France, en Suisse et en Italie, où ces adages ont disparu, il faut rétablir de nouveau ces fictions. La fiction dirigeante était que les propres, les acquets et les meubles étaient tous censés venir du mariage du père et de la mère du de cujus et se divisaient entre les deux lignes de la même manière que les biens entre mari et femme¹⁾. C'est ainsi que le régime matrimonial des biens déterminait la succession.

Là où régnait la communauté universelle, toute la succession se divisait en deux parts égales; une pour la ligne paternelle, une pour la ligne maternelle. C'était la division du droit d'échevinage. Aussi disait-on: les biens vont là, d'où ils viennent, mais l'apport d'une ligne est censé égal à l'apport de l'autre.

Là où existait la communauté des meubles et acquets, les propres allaient du côté d'où ils venaient réellement, sans qu'on eût besoin de faire usage d'une fiction. Les meubles et les acquets au contraire se divisaient selon la fiction en deux parties, l'une pour les parents paternels, l'autre pour les parents maternels. C'est le système tel qu'on le retrouve en Flandre occidentale, en Brabant, en Lorraine, en Bretagne, en Anjou, en Touraine, et dans les provinces voisines. Dans la plupart de ces contrées les meubles et les acquets de la communauté se divisaient entre le mari et la femme en deux parts égales; là aussi par conséquence, dans le droit de succession, la part de la ligne paternelle et celle de la ligne maternelle étaient égales. Mais dans le canton des

¹⁾ Je fais abstraction ici d'une seconde fiction, qu'on trouve dans quelques contrées pour le cas, où la père ou la mère était encore en vie.

Grisons les meubles et les acquêts se divisaient dans la proportion de 2 contre 1 entre le mari et la femme; on retrouve la même proportion dans le droit de succession de cette partie du canton, qui a gardé notre système dans sa forme la plus pure (l'Engadine et les régions voisines).

Là, où la communauté est restreinte aux acquêts, le régime matrimonial doit avoir pour conséquence que les biens meubles tiennent côté aussi bien que les immeubles. Et effectivement dans les provinces basques et dans des parties du canton suisse des Grisons, là, où l'on trouve la communauté des acquêts, on ne restreint pas les biens avitins aux immeubles, mais on y comprend aussi les biens meubles, acquis par succession.

Et pour finir, là, où la femme n'a aucune part dans les acquêts, on doit trouver, dans le droit ligurien, ce système de succession: les biens paternels vont aux parents paternels, les biens maternels aux parents maternels, et les biens acquis par le *de cujus* également aux parents paternels. Les faits sont d'accord avec la théorie. Le système décrit, c'est le système de successoral de la ville de Gênes en Italie, du Vallais en Suisse, et de l'Auvergne en France. Les auteurs, qui ont décrit le droit local de ces régions, se sont toujours étonnés de ce droit singulier; ils n'ont jamais remarqué la concordance, qui existait entre leur droit et celui des autres provinces, ni trouvé l'explication très simple de l'origine de ce système. L'explication la plus usitée est que ce système est une reminiscence de la succession exclusive des agnats; mais alors on se heurte au fait que dans la ligne paternelle les femmes n'étaient pas exclues et on est forcé d'y voir une altération illogique du système primitif.

VI

Le principe du pareil degré.

Pour comprendre l'origine du système si curieux du pareil degré, il faut se transplanter encors une fois dans la grande famille. Dans cette collectivité ce ne sont pas seulement les enfants d'un même père et d'une même mère qui grandissent tous ensemble, mais aussi tous les petits-fils des grands parents et même tous les arrière-petits-fils d'un même arrière-grand-père

et d'une même arrière-grand-mère. Ce fait crée un lien particulier entre les frères, entre les cousins germains, entre les cousins issus de germains. Ce sont les personnes désignées par les moeurs pour venger la mort de l'un d'eux; on leur paye la composition pécuniaire, due à cause de cette mort. Et à défaut de descendants, ils reçoivent aussi la succession.

C'est toujours une restriction du principe original, si l'on n'applique ce principe qu'aux biens immobiliers et vis à vis des ascendants en ligne directe. Le principe se transforme alors et est exprimé par l'adage: propres ne remontent pas, mais je le repète, ce n'est pas la règle dans sa forme primitive.

La forme primitive du principe implique que les cousins germains et les cousins issus de germains excluent aussi bien les aïeux que les oncles et les grand-oncles (les collatéraux ascendants) ¹⁾ et aussi bien quant aux immeubles que quant aux meubles.

VII

Le principe de la représentation.

Le principe de la représentation a pour conséquence que dans la ligne collatérale aussi bien que dans la ligne directe les enfants peuvent prendre la place de leur parent prédécédé. La conséquence est une division de la succession par souches (in stirpes) et non par têtes (in capita).

Il faut chercher l'origine de cette règle probablement aussi dans la copropriété entre les parents et leurs enfants. Le droit de succéder n'appartient pas à un propriétaire individuel, mais à une unité, dont le père ou la mère est le représentant. Et si le père ou la mère est décédé avant le de cuius, alors les enfants viennent tous ensemble de la même manière, que serait venu, s'il eût été vivant, leur père ou leur mère, comme représentant de leur unité.

Jusqu'à quel degré les collatéraux sont-ils aptes à succéder?

¹⁾ Les expressions „pareil degré” et „collatéraux ascendants” ne sont pas inventées par moi. On les trouve dans les sources médiévales. L'expression „collatéraux ascendants” est usée aussi par les auteurs du droit féodal. Voyez, par exemple, la summa de Jacobus de Ardizzone c. 137: in antiquo beneficio succedunt ascendantes collaterales, puta patru.

Le lien étroit de famille ne va pas au-delà du quatrième degré, les degrés comptés selon le mode du droit canonique. Peut-être primitivement n'a-t-on compté que jusqu'au troisième degré. Au-delà, ce ne sont plus les membres d'une famille étroite, mais ceux de toute une „gens", et souvent leur chef, en tant que leur représentant, qui héritent.

Je souligne le fait que les degrés sont comptés d'après le même mode qu'a appliqué plus tard le droit canonique. L'opinion commune est qu'on ne peut faire usage de ce mode de compter que pour le droit de mariage. Et cela est vrai pour tout autre droit que le droit ligurien. Mais dans ce droit, grâce aux deux principes, celui du degré pareil et celui de la représentation, on a pu user, et on a usé toujours de ce mode de compter les degrés aussi bien pour les successions que pour tout autre matière.

VIII

Après avoir donné un aperçu du droit ligurien de succession, il faut encore que je donne les arguments, sur lesquels est basée mon opinion, que ce droit a été tel que je l'ai esquissé.

Je ne peux pas faire appel aux auteurs latins, ni même aux lois et documents du commencement du moyen âge. Je ne prends pour point de départ que les sources de droit du treizième siècle et des siècles suivants.

Je diviserai mon argumentation en trois parties:

a) D'abord je veux démontrer qu'on peut retrouver encore au moyen âge le système décrit dans des contrées entre les quelles n'existait plus aucun lien politique ou économique.

b) Ensuite je démontrerai que ce système est un système très ancien et tout à fait contraire aussi bien au droit romain qu'au droit germanique.

c) Enfin je démontre pourquoi cet ancien système doit être appelé droit ligurien.

IX

a) *Le système au moyen âge.*

On peut retrouver au moyen âge des traces plus ou moins

importantes du système de succession, tel que je l'ai exposé ci-dessus, dans un grand nombre de contrées de l'Europe occidentale. Mais celles, qui, durant tout le moyen âge, ont conservé ce système sans beaucoup de modifications, sont les suivantes :

en Italie: la Ligurie et la Corse;

en Suisse: le Vallais, les Grisons avec des parties voisines du Tessin, du Vorarlberg et du Tyrol, et partiellement le comté de Vaud;

en France: l'Auvergne; le Nivernais (seulement pour les immeubles); de grandes parties de la Lorraine et du comté de Bar; la ville de Reims; les deux Bourgognes; l'Ouest de la France, comprenant la Bretagne, le Perche (seulement pour les immeubles) l'Anjou, le Maine, le Poitou, la Touraine, le Lodunais, le Berry et une partie de la Saintonge; le pays basque — y compris les provinces basques de l'Espagne —, et dans une certaine mesure la ville de Toulouse;

aux Pays-Bas: les contrées déjà nommées ci-dessus, à savoir, la Hollande méridionale, la Zélande, les parties occidentales du Brabant — y compris Anvers et Malines — et du Hainaut, la Flandre flamande et la partie septentrionale de l'Artois¹⁾.

Dans toutes ces contrées on trouve au moyen âge la représentation dans les lignes collatérales *ultra terminos juris Romani* et au surplus la plupart des autres traits caractéristiques du système décrit.

Le principe du retour, appliqué à tous les biens, y compris les meubles, est particulier à toutes ces régions sauf le Nivernais et le Perche — qui ne suivent notre système que pour les biens immobiliers — et les deux Bourgognes.

Le principe du pareil degré, c'est à dire l'exclusion des ascendants aussi bien dans la ligne directe que dans la ligne transversale, aussi bien pour les biens meubles que pour les immeubles, est formellement établi par les anciennes sources pour toutes les

¹⁾ Nous ne donnons ici que les limites approximatives; pour plus de détails, il faut consulter la description séparée que nous donnerons ci-dessous des diverses contrées. De même nous n'avons pas séparé ce qui juridiquement est une unité, quoique politiquement faisant partie de différents états. Ainsi par exemple il faut réunir le Vorarlberg méridional avec les Grisons, les provinces basques de l'Espagne avec celles de la France et l'Artois septentrional avec la Flandre flamande.

parties nommées ci-dessus de la Suisse et de toutes ses annexes. Aux Pays-Bas on le retrouve en Flandre, en Brabant et en Artois, tandis que pour la Hollande, la Zélande et le Hainaut les sources du moyen âge nous manquent. En France, au seizième siècle encore on peut constater l'exclusion de la ligne collatérale ascendante dans la Lorraine (pour tous les biens), dans le Nivernais (de nouveau seulement pour les immeubles) et dans une partie du pays basque (seulement aussi pour les immeubles). Mais on peut montrer que la règle existait dans les siècles antérieurs pour tous les biens dans l'ouest de la France, la ville de Reims et les deux Bourgognes. Même en Auvergne et en Ligurie, les seules deux contrées dont les sources médiévales sont déjà influencées par le droit romain à tel point qu'on ne trouve plus trace de l'exclusion de la ligne transversale ascendante, il reste encore ce fait important que l'exclusion des ascendants dans la ligne directe est une règle aussi bien pour les biens meubles que pour les héritages.

Le principe de la copropriété entre le père ou la mère et l'unité des enfants, issus d'un même mariage, est un principe, dont on peut aussi suivre les traces dans à peu près toutes les contrées, qui nous intéressent. Le Vallais nous donne la copropriété par moitié et la division par ventres. La même division a été connue dans les deux Bourgognes, la Lorraine, les pays basques, le Brabant et la Flandre. La copropriété par moitié entre le père et ses fils est le système de maintes villes du pays de Vaud, de diverses provinces des pays basques, de la Flandre occidentale et du Brabant. Les traces de ce principe sont encore très visibles dans l'ouest de la France et dans la ville de Reims. Et si — hypothèse très probable — le douaire des enfants n'est autre chose qu'une survivance de la copropriété par moitié, on peut aussi ranger le Nivernais parmi les contrées, qui ont gardé des réminiscences de ce principe.

Pour finir cette énumération par la limite du droit de succession, le quatrième degré au sens canonique, constitue la limite de la famille en Italie dans la Ligurie, en Suisse dans le Vallais et le pays de Vaud, en France dans le Nivernais, les pays basques, la ville de Reims et aussi anciennement dans l'ouest de la France; aux Pays-Bas on retrouvera cette limite, depuis la Hollande méridionale jusque dans le Hainaut et l'Artois. Ce n'est que

dans le canton des Grisons cum annexis, qu'on trouve le troisième degré comme limite pendant que le cinquième degré ne constitue la limite que dans quelques cas isolés.

Je crois que ce tableau des particularités des coutumes suffit pour prouver que de ces coutumes se dégage un système commun de droit de succession, et justement le système que j'ai décrit comme étant le droit ligurien.

J'ai donc achevé la première partie de mon argumentation.

X

b) *l'ancienneté du système.*

Je passe à la seconde partie, la plus importante: ce système est un système très ancien et tout à fait contraire aussi bien au droit romain qu'au droit germanique.

Les arguments en faveur de cette thèse sont au nombre de quatre, et sont tirés des faits suivants:

- 1) les particularités du système.
- 2) les régions où l'on trouve ce système.
- 3) la coexistence dans quelques provinces de ce système pour les biens immobiliers avec un système purement germanique pour les biens meubles.

4) la comparaison du système avec le droit grec de succession.

1) Les particularités du système.

En passant de nouveau la revue des particularités du système, je commence encore une fois par la représentation *ultra terminos juris Romani*. Les historiens du droit se bornent à répéter que le droit germanique n'a connu aucune représentation et que la représentation dans la ligne directe ne s'est développée que très tard au moyen âge. Mais on dirait qu'ils ne trouvent pas digne d'être relevé — puis qu'ils s'abstiennent de l'expliquer — le fait, qu'un si grand nombre de coutumes a eu déjà au moyen âge une représentation, qui va plus loin que celle du droit romain. Les auteurs des droits locaux, les seuls qui n'ont pas pu esquiver la nécessité d'expliquer ce fait, n'ont donné qu'un argument: un malentendu du droit romain serait responsable de l'admission illimitée du droit de représentation.

Masuer au quinzième siècle a déjà dit pour ce qui concerne le droit de l'Auvergne: „*Consuetudo forte fuit introducta per praticos ignorantes iura*” et on en est resté là.

Mais comme il est remarquable qu'on puisse constater un même malentendu pour à peu près la moitié de la France, plusieurs contrées de la Suisse, des Pays-Bas, et aussi de la Ligurie en Italie! La chose est encore plus remarquable, si l'on se souvient du fait que les lois romaines ne sont pas du tout équivoques. Et quand doit avoir eu lieu cette confusion? Il est impossible qu'elle ait eu lieu avant que le droit justinien se fût répandu dans l'Europe occidentale, c'est-à-dire avant le treizième siècle. Car le code de Theodose et le bréviaire d'Alaric sont encore si hostiles à la représentation, qu'il est impossible de supposer que là aurait été le germe d'une représentation illimitée.

Si donc le droit romain doit être tenu pour responsable de la représentation illimitée, même dans la ligne collatérale, il faut qu'il ait eu une évolution d'une rapidité phénoménale dans les provinces énumérées ci-dessus. Car nous pouvons constater la représentation *ultra terminos iuris Romani* pour l'Artois en 1230, pour Toulouse en 1246, pour le Vallais en 1280, pour le ressort du mont de Hazebrouck en Flandre en 1326, pour le pays de Steenberg en 1308, pour le ressort du banc d'Uccles en Brabant à peu près au même temps; pour la Bretagne, la Bourgogne et la ville de Reims au quatorzième siècle, etc. Dans tous ces cas nous ne pouvons aller plus en arrière pour la seule raison, que les sources nous manquent.

Et quel droit veut-on nous faire croire être en vigueur avant ce droit romain, si mal compris? Dans la plupart des contrées nommées, c'était, dit on, le droit germanique, un droit très hostile à la représentation, tant dans la ligne directe que dans la ligne collatérale. Et cette évolution, si rapide, si radicale et si contraire au droit antérieur se serait accomplie dans des contrées aussi conservatives et aussi attachées aux moeurs anciennes que la Bretagne, l'Auvergne, le Nivernais, la Hollande, le Brabant et l'Artois. Jusqu'à la révolution française l'Artois n'a connu, dans les parties de son territoire, où les particularités de notre système faisaient défaut, aucune représentation même dans la ligne directe. On peut faire la même remarque pour de grandes parties du Brabant et pour la Hollande septentrionale jusqu'à l'ordonnance de 1580. Et néanmoins, on veut nous faire croire que le point de départ du droit de toute la Hollande, de tout le Brabant et

de tout l'Artois était le même: un droit sans aucune représentation. C'est ce que je voudrais appeler, non de la science, mais de la fiction.

Une autre explication, qu'on trouve quelquefois plus supposée qu'énoncée, est la suivante: la représentation illimitée est une évolution du système germanique de succession par parentèles. Mais c'est encore une thèse à prouver qu'il a existé un système germanique de succession par parentèles. Mon essai a justement pour but de dépouiller cette théorie de tous les matériaux dont on s'est servi jusqu'ici pour la corroborer.

Cependant je veux accepter un moment ce système comme régime germanique, en passant sous silence que les droits germaniques les plus purs, les droits des Saxons et les droits des Scandinaves, n'ont rien connu de semblable. Je ne ferai, que cette seule observation: même si le droit germanique avait connu le système de succession par parentèles, il resterait encore un fait plus certain, à savoir que ce droit a été toujours très hostile à la représentation. Et alors la difficulté d'expliquer la représentation illimitée dans une partie, et son exclusion même dans la ligne directe dans l'autre partie d'une même contrée subsiste dans toute sa force. N'oublions jamais que si, chez les peuples germaniques au moyen âge, la représentation s'est frayée une route, c'a été toujours relativement tard, pas à pas et presque toujours par des ordonnances ou des statuts, qu'on connaît encore aujourd'hui.

XI

Les deux traits suivants, le retour des biens et l'exclusion de la ligne ascendante, peuvent être combinés, parce que la science officielle a déjà reconnu la connexité qui existait entre ces deux principes. On est d'accord que tous les deux n'ont une origine ni romaine ni germanique. Ce serait vraiment une tâche très difficile, que d'essayer seulement, de rattacher ces deux principes, soit au droit romain soit au droit germanique.

Toutefois la science officielle est convaincue que les deux principes sont des innovations du moyen âge, justement parce que les lois germaniques et le droit romain ne les connaissent pas. Et alors on cherche l'explication de cette innovation soit dans un emprunt aux principes du droit féodal, soit dans la forma-

tion des grandes fortunes et l'évolution du droit de succession des femmes, qui ont donné naissance au désir de tenir les biens dans la famille d'où ils viennent. Ni l'une ni l'autre hypothèse ne peuvent être prouvées et à cet égard elles n'ont rien de préférable à ma thèse qui est qu'on se trouve en face des vestiges caractéristiques d'un droit ancien.

La théorie de l'origine féodale est à peu près délaissée aujourd'hui ¹⁾. En réalité, c'est exagérer l'influence du droit féodal, que de croire qu'il a bouleversé aussi profondément le droit de succession des roturiers, non seulement quant aux immeubles mais aussi, comme nous avons vu, quant aux meubles. Et comment expliquer par l'influence du droit féodal le droit de la république de Gênes, ville qui a déjà ses statuts et chartes à une époque, où le droit féodal de l'Italie n'a pas encore pris ses formes décisives? Comment expliquer qu'en Hollande, aussitôt qu'on a dépassé la limite du droit d'échevinage, on ne remarque plus rien d'un droit de retour, rien d'une exclusion des ascendants? L'influence du droit féodal est pourtant la même dans toutes les parties du pays. Au lieu de dire que le droit féodal a influencé le droit commun, il faut dire plutôt que le droit commun a influencé partout le droit féodal.

Ce que je viens de dire se tourne également en grande partie contre la seconde hypothèse; on oublie que les deux principes, tenus pour des innovations, bouleversent radicalement tout le droit de succession. Même les Romains, qui, guidés par leur génie juridique, ont modifié consciemment leur droit maintes fois, n'ont jamais pensé à insérer quelque chose de pareil dans leurs lois et là aussi on a eu connaissance des latifundia.

Au surplus le désir de retenir les biens dans les familles peut expliquer le principe du retour, mais comment explique-t-on par lui le principe de l'exclusion des ascendants? On tâche de présenter l'un comme la conséquence normale de l'autre; ce sera une exception, qu'un parent encore vivant succède à ses enfants; les biens de ceux-ci viennent ordinairement du parent prédécédé et alors le principe du retour fait succéder les consan-

¹⁾ Voyez par exemple A. GAL, Der Ausschluss der Ascendenten von der Erbenfolge und das Fallrecht. Unters. zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Hft. 72, 1904.

guins du côté du prédécédé à l'exclusion du parent vivant. Mais cela ne s'applique pas aux biens acquis par le de cuius et au cas où les deux parents sont encore vivants. Pourquoi alors exclure les ascendants? Et s'il faut chercher la cause dans une exagération incompréhensible de la règle originelle dans la pratique, reste alors le fait curieux qu'on trouve la même exagération dans un si grand nombre des coutumes, coutumes entre lesquelles au moyen âge aucun lien n'a existé.

Et encore reste-t-il à expliquer la chose la plus difficile: l'exclusion des ascendants dans la ligne collatérale. C'est, je crois, Ficker, qui a attiré pour la première fois l'attention des historiens sur cette règle remarquable et tout à fait contraire à tout ce qu'on peut observer chez les Romains et les peuples germaniques. Mais cette exclusion de la ligne ascendante collatérale était beaucoup plus répandue que Ficker, travaillant avec des matériaux incomplets ne pouvait le constater; on peut s'en convaincre en consultant l'énumération des contrées, ayant cette règle de droit de succession, que nous avons donnée ci-dessus. Nonobstant les observations incomplètes de Ficker, les défenseurs de l'origine médiévale des deux principes auraient pu trouver chez lui déjà assez de citations de sources pour s'apercevoir de l'impossibilité de la seule explication qui leur reste: un malentendu accidentel de la règle, les biens ne remontent pas. Cette exclusion des ascendants collatéraux, dont la population du Münsterthal atteste en 1427 „es ist von alter herkommen daz wir nun zermal nit verändern mügen", dont les statuts de Riviera, une communauté de Tessin près de la frontière du canton des Grisons, disent que c'est „la raggione commune" (droit commun), cette règle, qui est connue dans le Brabant aussi bien que dans les Pyrénées, ne serait rien qu'un malentendu des jurisconsultes anciens. Heureux temps moderne, qui connaît beaucoup mieux les vraies règles du droit ancien que les jurisconsultes qui le pratiquaient!

Il me reste encore à indiquer une preuve positive en faveur de l'ancienneté de l'exclusion des ascendants dans la ligne directe et dans la ligne collatérale. Elle nous est fournie par le droit de la Flandre et de l'Artois. On peut la trouver dans les règles relatives à la composition pécuniaire pour meurtre. Le prix de composition y revient aux consanguins qui peuvent succéder. Eh

bien, le droit ancien excluait les ascendants, — et aussi bien la ligne ascendante directe que la ligne ascendante collatérale —. Dans beaucoup de villes cette exclusion est encore restée en vigueur aprèsque, dans le droit de succession, la même exclusion était déjà mitigée par un droit de retour, spécial aux choses données par les ascendants.

Nul ne contestera la haute antiquité de ces règles de composition entre les membres de deux familles. Au surplus, ni le motif de retenir les biens dans la famille, ni le droit féodal ne pourraient expliquer pourquoi la ligne ascendante est exclue de sa part dans le prix de cette composition. Et néanmoins la règle existait là aussi bien pour le droit de succession que pour le droit de composition.

XII

Pour le premier argument de ma thèse je pourrais m'en tenir aux remarques que j'ai présentées, mais je veux continuer la discussion sur l'origine des traits caractéristiques de notre système de succession, parce que cela me donnera l'occasion de motiver mon opinion sur le rapport entre le droit que j'ai exposé et quelques lois d'origine germanique, à savoir la loi burgonde et la loi des Frisons. L'occasion m'en est offerte par la copropriété par moitié, qui a existé entre le père ou la mère et ses enfants.

La copropriété par moitié du droit coutumier du moyen âge n'a pas passé jusqu'ici inaperçue. On en avait retrouvé les traces dans la Bourgogne et dans la Suisse romande. Mais on tenait l'explication pour très simple. Cette fois, ce n'était pas une innovation, mais une survivance des lois burgondes. Effectivement on peut constater que la loi Gombette connaît cette copropriété entre le père et ses fils.

On a expliqué de la même manière par une origine frisonne, quelques autres traits de notre système, par exemple la partage de la succession en deux parties égales pour les deux lignes, la représentation et le principe du retour. C'est l'explication de Ficker, qu'a adoptée Fockema Andreae pour les Pays-Bas. Mais si l'on suit cette route, on finit nécessairement, comme Ficker, par trouver des Frisons et des Burgondes un peu partout en Europe, dans le Tirol comme dans les Pyrénées, à Reims comme en Auvergne.

Pourtant une certaine affinité entre le droit des Frisons et le droit des Burgondes et notre système est indéniable, affinité, qui dans le droit burgond n'a rapport qu'à la copropriété par moitié et qui dans le droit frison ne s'applique qu'au droit tout à fait singulier d'une partie de la Frise à l'est de la rivière, le Lauwers.

L'explication qui selon moi est la seule défendable est la suivante. On se trouve ici en présence de deux peuples germaniques qui ont subi l'influence d'un droit étranger. Et ce n'est pas difficile à prouver. La preuve pour le droit des Frisons, je la donnerai un jour lorsque je décrirai leur droit ou plutôt leurs droits de succession. Mais le principe de la copropriété par moitié me met ici en contact avec le droit burgond et m'oblige à faire quelques observations quant à ce droit.

Le droit des Burgondes que nous connaissons par l'intermédiaire de la loi soi-disant Gombette, autrement intitulée *Liber Constitutionum*, nous donne le droit de ce peuple, après qu'il eut pris la ville de Lyon comme centre. Dans ce temps déjà les Burgondes avaient emprunté beaucoup de leur droit à la population indigène, qui alors n'était connue que sous le nom de Romains. Plusieurs lois du *Liber Constitutionum* ne sont que des citations du Code de Théodose, même pour le droit de famille. Néanmoins on ne peut pas nier que la loi Gombette dans sa loi 51 déclare que c'est une coutume ancienne que le père et ses fils se partagent leurs biens par portion égale. De là on a tiré la conclusion que toutes les contrées qui ont fait jadis partie de l'ancien royaume des Burgondes et qui au moyen âge ont connu la division par moitié, ont emprunté cette division au droit burgond.

Cette opinion contient une grande partie de vérité. Mais peut-on conclure de ce fait, que notre système est un système burgond ou une dégénération de ce système? Avant d'accepter ou de rejeter cette conclusion, il faut se rendre compte de la possibilité que les Burgondes eux-mêmes aient emprunté à un peuple étranger la division par moitié dans une période plus ancienne de leur droit; il faut comparer les autres traits particuliers de notre système avec le droit burgond; il faut rechercher les contrées où le droit burgond a influencé le plus les institutions et il faut y faire la même comparaison entre le droit en vigueur et notre système. Et quand on aura fait ces recherches

on ne parlera plus de l'origine burgonde de notre système.

Quant à la possibilité que les Burgondes eux-mêmes dans une période plus ancienne de leur droit aient emprunté la copropriété par moitié à un droit étranger, on peut constater que cette division par moitié entre le père et ses fils est inconnue chez les autres peuples germaniques, et que cette copropriété a ce trait caractéristique, incompatible avec les principes du droit germanique, que le fils a déjà pendant l'indivision une part distincte qui échoit à ses héritiers, s'il meurt avant son père.

Quant à la concordance entre le droit burgond et notre système, elle n'existe pas en dehors de cette copropriété. Le droit burgond n'a connu ni droit de représentation, ni droit de retour, ni l'exclusion des ascendants par les collatéraux. Au surplus, les filles ont un droit spécial de succession quant aux robes et ornements de leur mère. Et toutes ces particularités, on peut les retrouver dans les régions où le droit burgond, un peu plus romanisé seulement, s'est maintenu pendant le moyen âge et les siècles suivants: dans la république de Genève, et partiellement aussi dans le pays de Vaud. Mais il ne faut pas chercher une influence burgonde dans des contrées aussi lointaines du centre du royaume des Burgondes que le Vallais ou l'évêché de Verdun, où notre système est en pleine vigueur ¹⁾.

XIII

Comme second argument pour l'ancienneté du système de succession, décrit ci-dessus, j'ai mentionné: les régions où l'on trouve ce système.

On ne peut pas indiquer une autre cause, qui explique la concordance du droit de succession dans des régions aussi lointaines et aussi isolées l'une de l'autre que la Flandre, l'Auvergne, le Vallais, les Grisons, les pays basques et la Ligurie pour ne nommer que celles-ci. Il est impossible que, par hasard, la même évolution ait abouti spontanément dans toutes ces contrées

¹⁾ Pour les détails je renvoie à la partie qui est dédiée à la Suisse et à la digression qu'elle contient, concernant le droit burgond. La aussi je donne d'autres arguments pour démontrer l'influence peu considérable de l'élément burgond dans le Vallais en comparaison avec le comté de Chablais et le pays de Vaud.

au même résultat; les traits caractéristiques sont trop singuliers, et il n'est pas du tout logique, que ces traits soient toujours réunis pour que le hasard puisse être en jeu.

Tout est, au contraire, plus simple, si l'on accepte l'hypothèse d'un droit ancien. Si l'on prend la carte de l'Europe occidentale et que l'on arrête son attention sur les parties, qui sont régies par notre droit de succession, on constate que ce sont de préférence des contrées peu accessibles. On y trouve le canton montagneux et isolé du Vallais, les parties sauvages des Alpes orientales, la Ligurie, l'Auvergne, le Nivernais avec son Morvan, les Pyrénées, les plaines marécageuses de la Flandre et de la Hollande. Ce sont des contrées peu attrayantes pour des peuples désireux de conquérir des terres neuves.

Et si l'on nous objecte des provinces comme l'Anjou, le Maine et la Lorraine, ou des villes comme Reims, dont on ne peut pas prétendre qu'elles aient été peu accessibles, l'explication de ce fait est, selon moi, la suivante: Les frontières septentrionales et méridionales de la colonisation des Francs — qu'il faut bien distinguer de leurs conquêtes — ont été selon l'opinion commune: la forêt charbonnière et la Loire. Mais cette colonisation a eu aussi sa frontière orientale et occidentale. Or notre droit de succession nous montre comment l'influence de la colonisation des Francs diminue à l'est dans le Nivernais, la Lorraine et les environs de Reims, à l'ouest dans le Perche, le Maine et l'Anjou. De la même manière la colonisation romaine a eu son centre dans la Provence, la colonisation des Burgondes dans le Jura, la Savoie et les environs du lac Léman, la colonisation des Allemands dans les régions septentrionales de la Suisse. Aucun de ces centres ne se trouve dans les parties de la France et de la Suisse, qui nous intéressent.

Ainsi non plus, je le concède, tout n'est pas encore suffisamment expliqué. Il faut encore une explication du fait, que l'on trouve un droit non-germanique dans une grande partie des Pays-Bas. J'espère donner cette explication, lorsque je décrirai en détail le droit de ces régions. Ici je me borne à cette seule remarque, que j'ai déjà faite ailleurs: par suite d'une immigration ou d'une domination étrangère, une population peut changer plus ou moins son caractère ethnographique ou sa langue maternelle,

néanmoins le droit privé, et spécialement le droit de succession, peut rester le même ¹⁾).

La revue des régions, où le système a été en vigueur, fournit encore un autre argument en faveur de notre thèse. Les historiens locaux se sont souvent étonnés de trouver un droit de succession qui s'éloigne du droit romain plus que le droit d'aucune autre contrée, justement dans des provinces où l'on constate dans les autres parties du droit une très grande influence du droit romain, si grande même qu'on hésite à les ranger du côté du droit coutumier au lieu du côté du droit écrit. Cela se rapporte spécialement à l'Auvergne, au Sud-Est de la France et au Vallais en Suisse. Cette difficulté disparaît lorsqu'on accepte notre thèse que ce droit de succession existait déjà au temps de l'empire romain et avait la force d'une coutume locale.

XIV

Le troisième argument pour l'ancienneté du système nous est fourni dans quelques provinces par la coexistence de notre système et d'un autre, purement germanique. Je pense en particulier au droit ancien des comtés du Perche et du Nivernais. Ces deux provinces, qui marquent la limite de la colonisation des Francs, suivent notre système pour les immeubles, pour les meubles par contre un système purement germanique. Pour les meubles: pas de représentation, pas de retour, pas d'exclusion des ascendants. Pour les immeubles: la représentation, le retour lignager et la préférence, donnée aux collatéraux descendants sur les ascendants. Comment expliquer ce symbiose? On ne peut pas dire que notre système soit dans son origine un système féodal ou un système immobilier, puisque toutes les autres contrées où notre système est en vigueur démontrent le contraire; au reste, rien n'a été aussi hostile à la représentation que justement le droit féodal dans les régions où cette représentation n'était pas le droit commun.

Une solution plus probable est que la colonisation partielle des Germains dans ces régions limitrophes a bien causé un changement

¹⁾ Voyez mon étude „*Het middeleeuwsch recht als hulpmiddel bij het onderzoek naar de verspreiding der rassen en stammen in West-Europa*”, Mededeel. Kon. Ac. v. Wetensch. LIV B n^o. 8 (1922).

du droit des meubles, mais pas du droit des terres, ce qui serait une conséquence du même principe qui prescrit que les biens roturiers se partagent roturièrement même entre les nobles.

XV

Il me reste à mentionner un dernier argument important en faveur de l'ancienneté du système. Cet argument résulte de la comparaison de notre système avec le droit de succession en Grèce. La concordance des deux systèmes est trop frappante pour qu'on puisse penser au hasard.

Ce sont les mêmes principes qu'on retrouve: la place centrale que la maison familiale, le *oîkός*, occupe dans l'organisation de la famille, la copropriété entre le père et ses enfants comme la base du droit de succession des descendants, la représentation en ligne collatérale comme en ligne directe, l'exclusion des ascendants, l'application dans le droit de succession du mode de compter les degrés de parenté qui est maintenant connu comme étant celui du droit canonique, le principe du retour et la préférence donnée aux parents paternels, préférence bien différente de celle que le droit romain donne aux agnats.

Quant à la copropriété entre le père et ses enfants, aucun texte ne l'atteste aussi clairement que le traité entre la ville de Naupacte et les Locres, 36: *Ὅσστις ἀπολίπῃ πατέρα καὶ τὸ μέρος τῶν χρημάτων τῷ πατρὶ, ἐπεὶ ἀπογένῃται, ἐξεῖμεν ἀπολαγεῖν τὸν ἐπίφοικον ἐν Ναυπακτον*¹⁾. Et de même que dans nos sources médiévales, c'est l'émancipation qui est le moyen de placer l'enfant hors de cette communauté et que le père peut appliquer comme peine²⁾.

La représentation en ligne collatérale comme en ligne directe est confirmée si expressément par les sources que nul auteur ne l'a mise en doute: généralement on l'admet aussi pour les petits-fils des frères et sœurs prédécédés³⁾.

¹⁾ Traduction de Buck, *Greek Dialects*, p. 217: A colonist to Naupactus who has left behind a father and his portion of the property with the father, shall inherit his share, when (the father) dies.

²⁾ Voyez Mittels, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 212 et suiv.

³⁾ Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, III, p. 455 et 502 et les autres auteurs cités par celui p. 504 n. 3.

Le trait de notre système dont la rencontre en Grèce est le plus remarquable, c'est l'exclusion des ascendants. Dans le droit d'Athènes également, il s'agit d'une exclusion non seulement des ascendants dans la ligne directe, mais aussi dans la ligne collatérale. Immédiatement après les descendants dans la ligne directe viennent ceux que les sources françaises nomment les collatéraux au même degré et plus bas ou les collatéraux descendants et que le droit athénien réunit sous le nom de ἀγγιστεία.

Et de la même manière qu'en occident, il existe un rapport direct entre la successibilité et le devoir de venger son parent.

On remarquera peut-être que la préférence des collatéraux du même degré aux aïeux et aux oncles et grands-oncles a été controversée pour le droit athénien, mais cela ne peut que renforcer mon argumentation. Car quelle est la cause de cette controverse? Pas la loi de Solon, transmise par Démosthène et Isée et par laquelle nous connaissons l'ordre de succession à Athènes. Cette loi est aussi claire que possible. Mais les interprètes de cette loi ont prétendu, que l'exclusion des ascendants était tellement contraire à la logique naturelle qu'ils n'ont pas voulu lire ce que disait la loi. Étant donné la singularité de ce trait de notre système, n'est il pas de toute évidence que deux systèmes qui possèdent cette singularité, sont parents? D'ailleurs la plupart des interprètes ont écrit avant la découverte et la publication de la loi de Gortyne. Maintenant que l'exclusion du père et de la mère par les frères, les soeurs et leurs descendants est certifiée par ce second texte authentique du droit grec, il est très difficile de prétendre que la rédaction de la loi de Solon est incorrecte ¹⁾.

Pour illustrer la ressemblance entre les deux systèmes, je transcris la loi de Solon telle qu'elle est paraphrasée par Isée et un passage du droit de Saint-Omer en Artois, indiquant quels parents doivent assister le meurtrier, qui fait zoeninghe. Je prends ce passage entre beaucoup d'autres, parce que je veux donner un exemple dont on ne puisse pas dire que c'est une innovation du

¹⁾ Ainsi, Beauchet, Histoire du droit privé de la république athénienne, III p. 474 suiv. à l'opposé de Caillemer, accepte l'exclusion du père, bienque, dans la plupart des questions successorales, il suive la solution de Caillemer, qui a écrit avant la découverte de la loi de Gortyne.

droit féodal ou du droit médiéval. Il faut seulement songer à la particularité du droit de Saint-Omer, qui, dans le droit de succession comme dans le droit de composition, a étendu l'*ἀγχιστεία* un degré de plus que d'ordinaire c'est à dire jusqu'au cinquième degré, les degrés comptés selon le mode canonique.

droit d'Athènes: ὁ δὲ νόμος περὶ ἀδελφοῦ χρημάτων πρῶτον ἀδελφοῖς τε καὶ ἀδελφιδοῖς πεποίηκε τὴν κληρονομίαν, ἐὰν ὧσιν ὁμοπάτορες τοῦτο γὰρ ἐγγυτάτω τοῦ τελευτήσαντος γένος ἐστίν. ἐὰν δ' οὗτοι μὴ ὧσι, δεύτερον ἀδελφὰς ὁμοπατρίδας καλεῖ καὶ παῖδας τοὺς ἐκ τούτων. ἐὰν δὲ μὴ ὧσι, τρίτῳ γένει δίδωσι τὴν ἀγχιστείαν, ἀνεψιοῖς πρὸς πατρὸς μέχρι ἀνεψιῶν παιδων. (Isaeus or. 11 § 1—2).

droit de St. Omer: A faire zoene de mort de homme, doit le faiseur porter l'espée en se kemise, nus piés et descaus sans capperon. Item les fieux des faiseurs, les frères des faiseurs, les neveux des faiseurs, les cousins germains et les yssus des cousins germains des faiseurs doivent aler avoec en leurs kemises, nus piés et descaus sans capperon. Item les cousins en aultre et les yssus des cousins en aultre yront nus piés en leur cottes, deschans, sans capperon. Item les cousins en tierch et les yssus des cousins en tierch yront en leurs cottes, deschains sans capperon et cauchiés. Et les cousins en quart yront en leurs draps deschains, sans capperon et cauchiés. Et tout li faiseur vont ensamble après celui deux qui porte l'espée en leurs kemises, nus piés et descaus sans capperouse.

Ceste declaration fu faite en halle par nosseigneurs vieux et noviaulx le XXV^e jour de octembre, l'an de grace mil CCCLXXIII (Mémoires de la société des antiquaires de la Morinie, XIX, p. 232).

La limite de l'*ἀγχιστεία* est indiquée en Grèce par les mots: *μέχρι ἀνεψιῶν παιδων*. On dispute sur le point de savoir si ces mots n'ont rapport qu'aux enfants des cousins germains ou aussi aux cousins issus de germains du de cujus, lesquels sont nommés ailleurs les *ἀνεψιαδοῖ*. Si l'on considère qu'à l'occasion des autres conséquences de l'*ἀγχιστεία* on trouve les *ἀνεψιαδοῖ* mentionnés comme en formant encore partie; si l'on se souvient du principe, qui a donné naissance à ces règles de droit, alors il ne peut pas être douteux que les mots, *μέχρι ἀνεψιῶν παιδων*, veulent exprimer la même chose qu'au moyen âge on indique par les mots: jusqu'au

troisième degré inclusivement. C'est pourquoi la loi de Gortyne nomme comme héritiers dans la ligne directe : les enfants, les petits-fils et les arrière-petits-fils ; ensuite les frères, les enfants des frères et les petits-fils des frères, et de même les soeurs, les enfants des soeurs et les petits-fils des soeurs. Et pareillement la loi de Solon parle des cousins germains et des ἀνεψιῶν παῖδες avec la double signification d'enfants de cousins germains et de cousins issus de germains. C'est toujours le troisième degré, qui forme la limite ¹⁾.

On trouve exactement la même ἀγχιστεία, composée des mêmes collatéraux, dans le droit de l'ancienne Rétie. Les autres régions de notre système ont étendu l'ἀγχιστεία jusqu'au quatrième degré, St. Omer même jusqu'au cinquième, mais au reste la composition de ce cercle des collatéraux est restée la même. Et c'est la manière de compte, dite du droit canonique, qui indique la limite.

La préférence des parents paternels aux parents maternels à Athènes a donné aussi lieu à beaucoup de commentaires. Mais maintenant, je crois, on est unanime à penser que les mots, parents paternels, indiquent tous les parents du côté paternel. La filiation avec le de cuius peut venir des femmes, on appartient néanmoins aux parents paternels, si seulement on est parent du de cuius par l'intermédiaire du père de celui-ci. La formation du groupe des parents paternels est une conséquence du principe de la représentation et du droit de succession des filles à défaut de fils.

Ce groupe se distingue aussi bien de la conception romaine des agnati que de celle des cognati. C'est pourquoi Mitteis dans son livre magnifique, *Reichsrecht und Volksrecht*, la qualifie ainsi : „die höchst auffällige und sonst in keinem damaligen Recht nachweisliche Verbindung der cognatischen Erbfolge mit der agnatischen" (p. 324).

Mais on peut retrouver le même groupe de personnes dans toutes les contrées, où notre système est appliqué et où une communauté

¹⁾ Il vaut la peine de relire les pages que Beauchet (III 447 et 448) a dédié à la contestation de l'opinion de Bunsen qui avait déjà prétendu que le droit athénien excluait le quatrième degré des descendants de l'ἀγχιστεία. C'est un raisonnement, basé sur la raison et la nature. Ici aussi la loi de Gortyne a apporté le changement. Voyez déjà Zitelmann, *Das Recht von Gortyn* p. 135 et 136, *Rheinisches Museum für Philologie, Ergänzungsheft*, 1885.

entre époux est inconnue comme à Athènes. Il n'est pas nécessaire d'analyser des textes obscurs de Démosthène ou d'Isée pour déterminer qui sont les *πρὸς πατρὸς*. L'étude du droit ancien de la Suisse et sa conception de l'échoite loyale ou celle du droit de Toulouse ou d'Auvergne suffisent pour cela.

Il est vrai qu'aucun texte du droit athénien ne nous dit que les biens maternels vont aux parents maternels. Mais si on prend en considération le souci, qu'a le droit athénien de retenir les biens dans la famille et si on considère aussi, que toute la position particulière de la fille héritière prend son origine de là, il faut bien reconnaître que la règle, les biens maternels aux parents maternels est une idée qui n'est pas trop éloignée du droit athénien¹). Au reste, l'autre droit grec de succession qui nous est conservé, celui de la loi Gortyne, mentionne expressément le principe du retour²).

Je pourrais poursuivre l'identité ou la ressemblance du droit grec avec le droit de notre système. Je pourrais aussi montrer la ressemblance en dehors du droit de succession dans le droit dotal, par exemple dans le droit des frères de marier et de doter leur sœur, et dans le droit de la femme elle-même sur la dot. Mais je ne veux pas écrire un essai de droit comparé, je ne veux que constater, qu'il a existé au moyen âge dans l'Europe occidentale un droit de succession, d'une grande ancienneté qui n'est ni romain ni germanique.

On peut alors faire pour l'occident la même remarque que Mitteis a faite pour l'orient. Le droit romain n'a pas chassé tout à fait le droit primitif des peuples vaincus. C'est encore moins étonnant pour l'occident, où l'autorité de l'empire romain a été ébranlée et a disparu plus tôt qu'en orient. Et ce sont justement le droit de famille et le droit successoral, qui ont opposé la plus grande résistance à l'expansion du droit romain.

¹) Dans le même but le grand-père adopte ordinairement un des fils de sa fille héritière. Voyez aussi pour les biens maternels (*μητρῶα*), Mitteis p. 238.

²) Loi de Gortyne V, 22: *αὶ δὲ καὶ μῆτις ἐν, τοῦτων* (c'est à dire de frères et des soeurs et leurs descendants), *οἷς κ' ἐπιρῶλλει ὅπῃ κ' ἐν τὰ κρέματα τοῦτος ἀναλῆσθαι*. La traduction exacte est celle de Buck, *Greek Dialects*, 1910 p. 267. If there is none of these, these to whom it falls, according to the source of the property, shall receive it.

De même les conquêtes des peuples germaniques, n'ont pas effacé le droit ancien. Le système des droits personnels a eu pour résultat que le droit germanique n'a pas laissé de traces là où les Germains n'ont formé qu'une minorité insignifiante. Le droit franc ou le droit burgond n'a été là que le droit personnel de quelques hauts fonctionnaires et des grands propriétaires fonciers. Ceux-ci ont oublié par l'effet du temps les particularités de leur droit et ont accepté le droit commun de la région, le droit de ceux qu'on nommait alors des Romains. Dans la plupart des contrées de notre système on trouve par conséquent à côté de notre système de succession des réminiscences du droit romain.

On s'étonne peut-être de ne rien trouver de notre système successoral dans les lois romaines des Burgondes et des Wisigoths, mais il ne faut pas oublier que notre système n'a eu d'autorité dans l'empire romaine que comme coutume locale. En ce qui concerne ces coutumes locales le Code de Théodose s'est borné à les reconnaître. Le bréviaire d'Alaric donne aussi force de loi aux coutumes, et de même dans les collections de formulaires nous trouvons mentionnée la *consuetudo pagi*.

XVI

Il ne me reste plus à défendre que la troisième partie de ma thèse; le système antique qui a continué à vivre dans les coutumes du moyen âge est un droit d'origine ligurienne.

Nous avons constaté que dans diverses parties de l'Europe occidentale a existé, à côté du droit romain et du droit germanique, un autre droit successoral de la même ancienneté. C'est la conclusion la plus importante de nos recherches. Les traits communs de ce droit ne nous permettent pas d'accepter l'hypothèse d'une même formation spontanée dans plusieurs endroits. Il faut donc que ce droit ait été commun à un peuple ou une race distincte, qui a porté directement ou indirectement ce droit dans les régions indiquées.

La question à résoudre est donc: quelle est la race ou le peuple qui a habité une fois dans les parties de l'Europe occidentale où notre système a été en vigueur? L'histoire du droit est incapable de donner une réponse à cette question. C'est la tâche de l'histoire universelle.

Et en cherchant la réponse dans l'histoire, j'ai senti le même inconvénient qui autrefois a fait obstacle à une autre science, à l'anthropologie, lorsqu'elle a rencontré la même race et a voulu savoir le nom sous le quel celle-ci était connue dans l'histoire. Ne trouvant que des faits contradictoires, elle a fini par laisser de côté l'histoire et par se servir d'un nom purement technique, la race alpine.

J'aurais pu poursuivre cet exemple; j'aurais pu faire remarquer que notre système était en vigueur là, où la race alpine, selon l'anthropologie, se montre à nous dans son type le plus pur (le canton des Grisons, Vorarlberg et Tyrol, le centre de la France et le Morvan) et j'aurais pu parler du droit de la race alpine ou du droit alpin. Mais j'ai cru qu'il n'est pas tout à fait impossible de rattacher notre droit à un des peuples connus dans l'histoire.

Il n'y a que deux peuples qui entrent en considération sérieuse comme les possesseurs originaires de notre droit successoral: ce sont les Celtes et les Ligures.

L'anthropologie n'a pas osé identifier sa race alpine avec les Celtes parce que les sources historiques donnent une description des Celtes, tout à fait contraire aux traits caractéristiques de la race alpine. Pour la même raison il faut hésiter à attribuer une institution juridique, qui est entièrement opposée aux institutions germaniques, aux Celtes, desquels Strabon, en les comparant aux Germains atteste: *τῇ φύσει καὶ τοῖς πολιτεύμασιν ἐμφερεῖς εἰσι καὶ συγγενεῖς ἀλλήλοις οὗτοι* (4. 4. 2).

En outre il est difficile d'admettre qu'une population celtique ait vécu dans des régions comme les pays basques, la Rétie, la ville de Gênes et l'île de Corse.

Déjà Strabon a nié que les Aquitains furent des Celtes; à cause de leur langue et de leurs mœurs, il les déclare de la même race que les Ibériens, c'est-à-dire les habitants de la péninsule ibérienne (c. 189). Pour les Basques, qui habitent aussi bien de l'autre côté des Pyrénées que de ce côté, l'origine ou même l'influence celtique est encore plus problématique que pour ceux qu'on nommait autre fois les Aquitains.

En ce qui concerne la population de la Rétie, quoique les opinions sur son origine soient très divergentes, la plupart des

auteurs lui nient une origine celtique ¹⁾. La même observation peut être faite, quant à la Ligurie et l'île de Corse; ces régions n'ont jamais été sous une influence celtique. Lorsque les Gaulois ont pénétré en Italie et ont conquis le nord du pays, ils n'ont pas conquis la Ligurie. Ce ne sont que les Romains qui, beaucoup plus tard, ont assujetti la population de cette contrée.

Voilà mes objections contre l'origine celtique de notre système. Les faits s'accordent, au contraire beaucoup mieux avec l'hypothèse d'une origine ligurienne.

D'abord j'appelle l'attention sur la Corse et la Ligurie.

Les sources de l'antiquité sont presque unanimes à déclarer que la Corse a été habitée par des Liguriens ²⁾. Le fait que nous retrouvons notre système dans une île aussi isolée que la Corse serait, à lui seul, décisif, si les statuts de la Corse, concernant le droit successoral, n'avaient pas été, mot à mot, une copie des statuts de la république de Gênes, la maîtresse de l'île. Cependant on peut demander si cette unification des deux droits successoraux aurait été possible, si les principes n'avaient pas été les mêmes. Dans les autres matières les statuts de la Corse sont restés différents de ceux de la ville de Gênes. Du reste, on peut encore retrouver, dans le droit particulier des parties de la Corse, des traits caractéristiques de notre système qui sont étrangers aux statuts de Gênes. C'est par exemple le cas pour le droit des fils, qui se marient conformément à la volonté de leur père, de demander leur part du patrimoine familial, droit encore reconnu expressément par les statuts de Nonza, Brando et Canari. Mais même si pour le motif indiqué, il fallait faire abstraction de l'argument, tiré de l'existence de notre droit de succession dans la Corse, alors la rencontre de notre système dans la Ligurie reste un fait très significatif. Ici le nom parle déjà. Certainement les sources de droit de cette contrée sont relativement récentes et déjà influencées par le droit romain renaissant, de sorte qu'on ne retrouve notre système nulle part dans sa forme pure, mais les traits particuliers qui sont restés, spécialement dans le droit

¹⁾ Une origine celtique n'est défendue que par Zeuss, *Die Deutschen und ihre Nachbarstämme*, p. 228 et suiv, et Diefenbach, *Celtica* II 133, 160.

²⁾ Solinus, 3. 3; Seneca, *Dialogus ad Helviam matrem* c. 8, n. 9.

de Gênes, — la représentation *ultra terminos iuris Romani*, le principe du retour, appliqué à tous les biens et l'exclusion des ascendants par les frères et leurs fils — sont encore assez caractéristiques et étrangers aussi bien au droit romain, qu'au droit lombard. Ainsi on trouve dans ce coin occidental de l'Italie un droit de succession, tout à fait divergent de ceux des régions voisines et dont l'origine restera un problème indissoluble à moins qu'on n'accepte une origine commune avec le droit de succession des autres pays, où on retrouve les mêmes principes.

En ce qui concerne la Rétie, on peut être influencé par les renseignements des anciens, indiquant que les Reti sont des Etrusques, retirés dans les Alpes par suite des invasions des Gaulois; alors on est placé devant le problème étrusque. Mais on peut aussi suivre une autre direction, indiquée par d'Arbois de Jubainville, et remarquer le grand nombre de noms de lieu qui se terminent „asca” et „esca”¹⁾ et conclure de là à la parenté entre les Rétis et les Ligures.

Quant aux régions de la France et des Pays-Bas qui nous intéressent, il suffit de renvoyer au périple d'Aviène et aux remarques que d'Arbois de Jubainville, Jullian et Schulten ont fait à propos de ce livre²⁾. Si les conclusions géographiques et ethnographiques de ces auteurs sont justes, des Ligures ont habité le nord-ouest de l'Espagne (les Dragani), l'ouest de la France (les Oestrymnici) les bords de la mer du Nord jusqu'à la Frise et la haute vallée du Rhône en Suisse (les Tylangii, Daliterni, Clahilci et Lemenici).

Certainement dans tout cela il y a encore beaucoup d'incertitude, mais la probabilité, qu'une grande partie de l'Europe occidentale a été habitée à un moment par le peuple que les anciens connaissaient sous le nom des Ligures, est renforcée par des faits empruntés à des sciences diverses.

Cependant nous n'avons aucune preuve que ce peuple ait connu le droit de succession, dont nous avons dépeint les principes, en dehors

¹⁾ Il faut consulter surtout F. Jecklin, *Land und Leute des Unterengadins und Vintschgau im 14 Jahrhundert*, Chur, 1922.

²⁾ d'Arbois de Jubainville, *Les premiers habitants de l'Europe I*, 1889, p. 356 et suiv.

C. Jullian, *Histoire de la Gaule I* (4e éd.) ch. IV.

A. Schulten. *Avieni ora maritima*, *Fontes Hispaniae antiquae*, 1922, p. 25.

de l'argument, tiré des régions où ce système a été en vigueur.

Aussi je me rends parfaitement compte qu'une preuve directe pour la troisième partie de mon hypothèse fait défaut et que d'ailleurs les objections sont faciles.

Caesar, géographe exact, ne connaît que des Gaulois dans la France de même que dans la vallée du Rhône en Suisse. Mais n'est-il pas possible que les Gaulois de César n'aient plus été dans leurs institutions et leurs mœurs des Celtes purs, et qu'ils aient emprunté beaucoup, en cinq siècles de domination, aux peuples assujettis, comme les Français de l'an 1000 n'étaient plus des Germains purs, mais plutôt les continuateurs d'une civilisation, empruntée par les Francs au peuple conquis?

Rien n'atteste un esprit conservateur chez les Ligures. Même leur langue est disparue très vite; mais est-il impossible que la langue d'un peuple puisse disparaître tandis que les institutions juridiques restent? Ce fait s'est répété souvent dans l'histoire.

Aucun auteur classique n'a été frappé par la concordance des institutions, qui doit avoir existé, si l'hypothèse est juste, chez des peuples, que les Grecs et les Romains connaissaient sous des noms différents. Mais les auteurs classiques ont eu si peu d'intérêt pour les langues et les institutions des barbares qu'ils ne nous ont livré que quelques curiosités sans grande valeur scientifique. Même les jurisconsultes classiques de Rome ne décrivent que le droit de la *civitas romana*, c'est à dire le droit des *cives romani*, des *Latini* et des *dediticii*. Du droit des *peregrins*, ils en disent juste assez pour qu'on puisse conclure que les *peregrini* dans l'empire romain ont conservé leur droit propre¹⁾. Ainsi il ne faut pas s'étonner que des études du droit ou des mœurs comparées nous manquent et qu'il faut être content de trouver, chez Strabon, cette affirmation quant aux Ligures: ἀπὸ δὲ τοῦ χαλκιάσπιδας εἶναι τεκμαίρονται τινες Ἕλληνας αὐτοὺς εἶναι (4. 6. 2).

Si après tout on trouve notre hypothèse d'un droit ligurien trop osée, qu'on parle alors d'un droit alpin ou de quelque autre nom qu'on veuille inventer, pourvu qu'on reconnaisse que ce droit a une origine ancienne qui n'est ni romaine ni germanique.

¹⁾ Gaii *Inst.* I § 55, 92, 93, 189, 197, 198, III § 96, 120 et 134.
Cicero, *In Verrem*, Act. II, lib. II, c. 13 et 37.

THE DEVELOPMENT OF THE THEORY OF THE AUTHORITY OF THE SPIRITUAL OVER THE TEMPORAL POWER FROM GREGORY VII TO INNOCENT III

BY

A. J. CARLYLE (OXFORD).

I propose to enquire how far such a theory had really taken shape before Innocent III and to what extent so far as it had done this, the theory could claim to have an official or authoritative character. I venture to think that there has been a certain amount of misunderstanding with regard to this, first from the tendency to put together statements which belong to different centuries, and secondly from the failure to distinguish sufficiently between private and individual opinions, and authoritative judgments. There cannot, I think, be any doubt that the normal view of the earlier Middle Ages was that of the autonomy or independence of each Power; each Power was sacred and derived its authority from Christ himself.

From the middle of the tenth century till the death of Henry III in 1056 the two Powers cooperated in the work of reform, the Papacy at first wavered and hesitated, but at last in consequence of the action of Henry III at Sutri, in 1046, the reforming movement was firmly fixed in Rome itself, and Rome became the centre of reform.

With Henry's death in 1056 this cooperation came to an end, the State in the Empire and in France became the centre of corruption, and the accession to the Papacy of Gregory VII in

1073 marks the beginning of a new policy. Gregory had clearly made up his mind that the abuses of the Church, and especially the monstrous abuse of Simony must be attacked not merely in the persons of ecclesiastical offenders, but in the persons of the secular rulers so far as they were the real authors of the evils. In December of that year Gregory wrote to the Bishop of Chalons a letter in which he denounced Philip I, the King of France, as being the main source of corruption in the French Churches, and as being especially guilty of the most outrageous simony, and he threatened in the plainest terms, that if the King would not turn from his evil ways, he would lay the kingdom under a general interdict and compel the French people to withdraw their allegiance from him ¹). Earlier in the same year he had written to the Duke of Lorraine expressing the hope that Henry IV would follow his admonitions and counsels in maintaining righteousness, but added in very plain terms that no respect of persons would without him from vindicating the law of God against all offenders ²).

It was in the year 1075 that Gregory VII had prohibited „lay investiture“, and it was in February 1076 that Gregory solemnly excommunicated and deposed Henry IV. It is, however, a mistake to say that this arose out of the prohibition of lay investiture. Indeed it must be confessed that in spite of all the discussion of the subject, we do not yet know quite clearly all the circumstances which led up to the action of Gregory.

In January 1076, we find that the relations between Henry and Gregory were seriously strained. Gregory in a letter of January 8th, 1076, exhorted Henry to separate himself from excommunicated persons, and complained of his arbitrary conduct with regard to certain Italian bishoprics ³). It was only a few weeks later that the final rupture took place, and that Gregory and Henry were arrayed in open war against each other. According to Lambert of Hersfeld, whose statements can, however, only be accepted with great reserve, the Papal legates appeared

¹) Gregory VII, Reg. I. 35.

²) Id. Reg. I. 9.

³) Gregory VII, Reg. III. 10.

in Germany and summoned Henry to appear at a Council to be held in Rome in the second week of Lent, to answer to the charges brought against him, and declared that if he failed to do this, he would, without further delay, be cut off from the Church by the Apostolic sentence¹⁾. Gregory VII in letter of August in the same year, gives a long account of his relations with Henry, and says that he had written to him, warning him that if he would not separate himself from the society of excommunicated persons, he would have to reckon him as one who was cut off from the Church²⁾. Henry himself, in a letter to Gregory, written after the Council of Worms, says that Gregory had first attacked the Bishops who were his friends, and then turned upon the head himself, and had threatened to take away his kingdom³⁾. It is unfortunate that the letter from Gregory which was no doubt brought by the Legate to whom Lambert refers, has not been preserved, and that we cannot therefore be entirely certain as to the terms which had been actually used.

The resulting action, however, is clear. Henry called together a Council of the Bishops and Princes of Germany at Worms, on Septuagesima Sunday, and they declared Gregory VII deposed from the Papacy⁴⁾. When the news of this reached Rome, Gregory in the Council held there solemnly excommunicated Henry, deposed him from the kingdoms of Germany and Italy, and absolved his subjects from the oath of allegiance⁵⁾.

A new stage had been reached in the history of the relations of the Temporal and Spiritual Powers. We must not, however, make a mistake. Neither Henry nor Gregory was setting forward the claim that the Spiritual authority was normally subject to the Temporal or the Temporal to the Spiritual. What Henry claimed was something different; that the Christian Community, including both the clergy and the laity had the right in the last resort to deal with and to depose the spiritual head, if he

¹⁾ Lambert of Hersfeld, *Annals*, 1076.

²⁾ Gregory VII, *Reg. Ep. Coll.* 15.

³⁾ *M. G. H. Leg. Sect. IV. Const. Vol. I.* 60.

⁴⁾ *M. G. H. Leg. Sect. IV. Const. Vol. I.* 58 and 60.

⁵⁾ Gregory VII, *Reg. III.* 10. a.

proved himself unworthy of the office which he held ¹⁾ and he might have referred, though he does not do so, to the precedents of the action of Otto I and of Henry III. The claim of Gregory, which is expressed in the letter we have just cited, was, that as the representative of Peter, he had the power of binding and loosing in heaven and earth, and that it was in his name and by his authority that he had deposed and excommunicated Henry, who had revolted against the Church, and endeavoured to divide it, and had been guilty of many evil doings. In a letter written by him to Hermann, the Bishop of Metz, in August of the same year, he maintains the right of excommunication, even of kings, and cites the supposed precedent of the deposition of the last of the Merovingian kings of France by Pope Zacharias, and some words of Gregory the Great which threaten those kings who disobeyed his commands, with deposition, and sets out a vague but far-reaching principle, when he asks why the Apostolic See which judges spiritual matters in virtue of the authority committed to it by God, should not also judge Temporal matters ²⁾.

The claims which Gregory VII had thus set out in 1076 were restated and raised to their highest point in his declarations and letters on the occasion of the second excommunication and deposition of Henry IV in 1080. In the decree of excommunication of March he concludes by exhorting the members of the Church to act so that all the world might know that, as they had power to bind and loose in heaven, they could grant and take away empires and kingdoms, according to the merits of men, for, if they could judge spiritual things, how much more could they judge temporal things ³⁾.

In a letter of 1081, addressed to Bishop Altmann of Passau he raises his claim to an even greater height.

This letter was written with special references to the election of a successor to Rudolph of Suabia, and in spite of the dangers of the political conditions, he urges that there should be no undue haste, it was better, he said, that there should be some

¹⁾ Henry's letter, M. G. H. Leg. Sect IV. Const. Vol. I. 62 and 63.

²⁾ Gregory VII, Reg. IV. 2.

³⁾ Gregory VII, Epist. Coll. VII. 14, a.

delay than that an unworthy or unsuitable person should be elected. The Church would not accept, he says, any one who was not obedient and serviceable to her, and he sets out the terms of the oath which he would require of any one whom he was to recognise as king. He must swear that he would be faithful to S. Peter and his vicar Pope Gregory, and that he would faithfully observe whatever commands the Pope should impose upon him in the name of his true obedience. On the first occasion when he should meet the Pope, he must by his own hands become the soldier of S. Peter and the Pope ¹⁾).

It is in these declarations that Gregory VII raised to the highest point his claims to authority over the secular power but the attempt to formulate the position of Gregory in general terms is difficult, and must be tentative. We must bear in mind that the situation arose very suddenly and developed very rapidly, and that Gregory's statements were made, not in cold blood, but in the tumult of a great crisis.

It is clear however that Gregory came to the Papal throne with a fixed determination that if the reform of the Church were hindered by the temporal power, he would not hesitate to deal with the temporal power in the same drastic way as that in which the reforming Popes since 1046 had dealt with ecclesiastical offenders, that is by the severest spiritual censures, and even by excommunication. It seems also evident from his treatment of the King of France in the first year of his Pontificate that he was already clear that the power of excommunication implied the power of deposition ²⁾).

Here then is the foundation of the Hildebrandine position: the Emperor or King, like all other Christian men, was subject to ecclesiastical discipline, even to excommunication, and an excommunicated person could not be a Christian king. It was in a large measure upon the relation between these two propositions that the controversy of the following years turned. So far the position of Gregory is clear: the rest is more difficult. He no doubt sometimes used phrases which seemed to assert that the

¹⁾ Gregory VII, Reg. VIII. 26.

²⁾ Cf. p. 2.

spiritual power, and more especially the Pope's power and authority, was in its own nature not merely superior to, but supreme over all Temporal rulers, but we must be careful that we do not interpret this under the terms of some later theories. The authority over the Temporal power is always stated by him as being related to the personal merits or faults of the Temporal ruler, even his claim to confirm or annul the election of the King of Germany does not strictly mean more than that he had the right to enquire and determine whether a particular person was, in religion and morals, fit to rule. We cannot say that this implies that he had in his mind the contention of some later writers that all temporal authority as well as all spiritual authority was in principle vested in the Pope. We cannot say that he would have repudiated this doctrine, but also we cannot say that he would have accepted it. What was the judgement of contemporary writers upon Gregory's claims?

When we examine the controversial tracts and pamphlets which were produced immediately by the struggle between Gregory VII and Henry IV we find that the main subjects at issue between the disputants were, first the right of the King of the Germans and the Bishops in the appointment or deposition of a Pope, and second the right of the Pope to excommunicate and depose King or Emperor.

The supporters of Henry IV were no doubt able to bring forward a large amount of evidence to show that the consent of the King or Emperor was necessary to the appointment of the Pope, and that in extreme cases it was lawful to judge and depose him, while the supporters of Gregory VII argued that no Christian man, not even the King or Emperor, was exempt from the spiritual jurisdiction of the Roman See, and assume that the power of excommunication carried with it the power of deposition. It must be noticed that no one of those writers who maintain the cause of Gregory makes any claim that the Church, or the Sec of Rome, possessed any general authority in temporal matters; there is nothing in this literature which really corresponds even with the phrases used by Gregory in his declaration at the Council of Rome in 1080 or in his letters to Hermann of Metz and Altmann of Passau in 1081. Their contention is that

the Pope had full authority to excommunicate even a king, and that this carried with it the right to depose him and to absolve his subjects from their allegiance.

We can now consider a group of works written between 1097 and 1125, and it would seem to be reasonable to say that there is a certain change of tone; they are occupied not so much with the original causes of the conflict as with general principles. There is a substantial agreement among all the writers that the Temporal Power was a divine institution as much as the spiritual: Cardinal Deusdedit, Godfrey of Vendôme and Honorius of Augsburg¹⁾, who were among the chief representatives of the Papal party, assert this as clearly as Hugh of Fleury and Gregory of Catino who represent the imperialists. Deusdedit is anxious to make it clear that he did not doubt that each authority had its proper sphere in which the other should not interfere²⁾. Geoffrey and Honorius assert very emphatically that all the clergy, and Honorius specifically includes the Pope, are subject to the temporal power in secular matters³⁾.

There is also traceable in these writers a tendency to appreciate the importance of the contentions even of those from whom they differ. Hugh of Fleury, though certainly a rigorous critic of the Gregorian policy, was clear that the Bishop can excommunicate the King⁴⁾, while Gregory of Vendôme, though a stout defender of the Papal cause, doubted, not the lawfulness, but the wisdom of the excommunication of a King⁵⁾, and Honorius of Augsburg seems to mean that while the faithful must withdraw themselves from communion with a heretic or schismatic, his political authority must be patiently accepted⁶⁾.

It may therefore be said that we find in the writers just mentioned a real agreement as to the divine origin of the temporal power, and a certain tendency to approximation in their

¹⁾ Deusdedit, Coll. Can. IV. 33, 34: Godfrey of Vendôme, Libellus IV; Hon. of Augsburg "Summa Gloria", 24.

²⁾ Deusdedit, "Libellus contra Invasores".

³⁾ Godfrey of Augsburg, Lib. IV; Hon. of Augsburg, Sum. Gloria, 69.

⁴⁾ Hugh of Fleury, "Tract. de Regia Potestate" 1, 8.

⁵⁾ Godfrey, Lib. IV.

⁶⁾ Honorius, "Summa Gloria", 27.

attitude to the practical questions of the time. It is on the other hand true that it is just among these writers that we can first clearly see the emergence of some of the extremist theories. Hugh of Fleury asserts that the King bears the image of God the Father, while a bishop has that of Christ, and that therefore all the bishops of a kingdom are rightly subject to the King, as the Son of God is subject to the Father, not in nature but "ordine", in order that the "universitas regni" might be reduced "ad unum principium" ¹⁾. The author of that singular collection of pamphlets which we know as the "Tractatus Eboracenses" suggests that the Bishop, exercising the sacerdotal office of Christ, represents his human nature, while the King presents the royal and divine nature ²⁾, and in another place he maintains that the King rules over those who have obtained the priestly dignity, lest the kingdom should be divided ³⁾. Gregory of Catino says that the King is the head of the Church and argues that it is right that the Bishop should receive investiture from him, for as he is the "head" of the Church, he should not be excluded from the creation of the offices or ministry of his members ⁴⁾.

On the other hand, two writers of his time, Placidus of Nonantula and Honorius of Augsburg, represent a new development in the theory of the authority of the spiritual power. Placidus is the first writer of whom we can confidently say that he understood the "Donation of Constantine" in the sense which was common in the later Middle Ages. It is clear that it was meant originally to justify the claim of the Popes in the eighth century to the reversion of the Byzantine authority in the Exarchate of Ravenna and the other possessions which it still held in Italy. Placidus understood as if Constantine transferred to Pope Sylvester his whole political authority in the West ⁵⁾. The context unfortunately seems to throw no light on the interpretation.

Honorius of Augsburg carried the spiritual claim much further. He maintains that when Christ, the true King and Priest, came.

¹⁾ Hugh of Fleury, "Tract. de Regia Potestate" I 3

²⁾ Tract. Ebor., IV.

³⁾ Id. id.

⁴⁾ Gregory of Catino, "Orthodoxa Defensio" 2.

⁵⁾ Placidus of Nonantula, "Liber de honore ecclesiae", 57.

He gave His Church laws, and created the "Sacerdotium", not the "regnum", to rule over His Church, and over the "Sacerdotium" he set Peter, who handed on the authority to his successors. Thus from the time of Christ to that of Sylvester and Constantine the Church was ruled only by priests ¹⁾).

This statement is followed by an interpretation and application of the "Donation" of Constantine to which the treatment of the subject by Placidus is the only earlier parallel. Constantine, he says, was converted by Sylvester, the prince of the priests of the Church, and placed the crown of the kingdom upon the head of the Roman Pontiff, and decreed that no one should henceforth receive the Roman Empire without his consent. Sylvester, however, recognized that those who rebelled against the priests could not be constrained by the sword of the Word of God alone, but only by the material sword, and joined the same Constantine to himself as a fellow-worker in the field of the Lord, and granted to him the sword for the punishment of evil-doers, and placed upon his head the crown of the kingdom. From this time, therefore, it became the custom that the Church should have kings and judges for secular judgements ²⁾).

These conceptions of Honorius are indeed far-reaching in their character, and can hardly be reconciled with the traditional Gelasian principle which traced the separation of the powers to Christ Himself and maintained the independence of each power within its own sphere. Honorius at least suggests the theory that all authority, temporal as well as spiritual, is really vested in the Pope.

Is there, then, any reason to think that these principles were accepted as the normal theory of the Church in the twelfth century? I think not.

Apart from some ambiguous phrases of St. Bernard, of Hugh of St. Victor, and of St. Thomas a Becket, there are only two important writers of whom it can be said that they asserted any such principle. The one is John of Salisbury, and the other the canonist Rufinus.

John of Salisbury declared that both swords, the temporal as

¹⁾ Hon. of Augsburg, "Summa Gloria" 15.

²⁾ Id. Id., 17, 18.

well as the spiritual belonged to the Church, and that it is from the Church that the prince receives the temporal sword; he is therefore the servant (minister) of the Church, and discharges that part of the sacred offices which is unworthy to be exercised by the priest ¹⁾).

Rufinus interprets the well-known words of St. Peter Damian which are cited in Gratian's Decretum, that Christ gave to Peter "terreni simul et coelestis imperii iura", as meaning that the Pope had "quoad auctoritatem ius... terreni imperii" while the Prince has "post ipsum auctoritatem... seculares regendi, et preter ipsum officium administrandi". But he adds that the Pope should not deal with secular matters, nor the Prince with ecclesiastical ²⁾. Two Summas on the Decretum of Gratian indeed describe the Pope as "verus imperator", but these are somewhat obscure works, and Pancapalea, the first commentator on Gratian, interprets the Donation of Constantine as signifying that the commentator transferred his whole political authority in Western Europe to the Pope ³⁾.

It cannot be seriously maintained that these theories had any official or very representative character, they were merely individual and had no public authority. We must turn for a further consideration of the subject to the public events of the latter part of the twelfth century.

From the time of the settlement of Worms in 1122 there was peace between the Empire and the Papacy for more than thirty years, but from 1156 we can trace the beginning of a new and fateful conflict. Almost immediately after the coronation of Frederick Barbarossa by Hadrian IV in 1156 we can see the beginnings of a new situation. Hadrian concluded the Treaty of Benevento with the Normans, without consulting Frederick, and in Germany it was at once suspected that the Papacy was forming an anti-imperial alliance with the Normans and the Milanese. The relations of the Pope and Emperor were greatly disturbed, and mutual confidence was replaced by suspicion.

It was under these circumstances that a serious dispute arose

¹⁾ John of Salisbury, "Policraticus" IV. 3.

²⁾ Rufinus, "Summa Decreti", D. XXII. 1.

³⁾ Pancapalea, "Summa Decreti", D. XVII.

in 1157. Hadrian in a letter to Frederick spoke of the affection of the Roman Church to him and reminded him that it had conferred upon him the imperial crown, and added that it would gladly have conferred upon him greater "beneficia".

The phrase caused an immediate explosion of indignation, on the part of Frederick and the German princes, and when Hadrian complained to the German Bishops they replied deferentially but firmly that they could not defend or approve of the use of such a term.

Hadrian was compelled at last to explain away the phrase, to explain that he had not used it in the feudal sense of a fief but only in its general meaning. It is not easy to form a clear judgement upon Hadrian's intentions, but the important point is that if he had intended to suggest that the Emperor was the vassal of the Pope, the pretence was repudiated by the whole body of the German Church, and explicitly withdrawn by the Pope himself¹).

This was, however, only the beginning of troubles, and the death of Hadrian IV in 1159 was followed by a conflict which lasted for seventeen years, that is until the peace of Venice in 1177. This conflict, however, arose not out of an attempt on the part of the Papacy to exercise authority over the Temporal Power, but rather out of the attempt of Frederick Barbarossa to assert the duty of the secular princes, and especially of the Emperor, to intervene in the name of the Christian community, not indeed to exercise authority over the spiritual matter over the Bishop and clergy, but too see to it that the Church was not rent asunder by a disputed election to the Papacy.

On the death of Hadrian, Roland (Alexander III) had been elected by the majority of the Cardinals, and Octavian (Victor IV) by a large minority, and Frederick therefore claimed the right and the duty to call a general Council at which it should be decided by the "ecclesiastical persons" who was the lawfully-elected Pope.

Alexander III courteously but uncompromisingly repudiated the legitimacy of Frederick's action, on the double ground that no General Council could be called without the consent of the Pope, and that there was no authority which could sit in judgement upon the Roman Church.

¹) M. G. H. Const. I. 165.

We are not here concerned with the circumstances of the conflict, or of the great war with the Lombard cities with which Alexander allied himself, it is enough to observe that the attempt of Frederick failed, and that at Venice in 1177 he was compelled to acknowledge Alexander III.

From the point of view of our discussion the dispute added nothing to the development of the theory of the supremacy of the Spiritual over the Temporal power. It is indeed noticeable that a devoted and loyal servant of the Papacy like Gerhoh of Reichersberg should have felt himself constrained to warn the Pope and the Roman Church that, neither he nor the loyal churchmen of Germany could approve any attempt to interfere in political affairs or claim a political authority over the Empor¹).

I hope that I have said enough to explain why it is that I am inclined to conclude that the theory of a supreme authority of the Spiritual Power over the Temporal was, before the thirteenth century, merely the private opinion of a few individual persons; how far it ever became anything else I am not here considering, but I think there is no doubt that with Innocent III the question assumed a new form.

I venture to think that it is important to take account of this, for there is still observable a tendency to think of the mediaeval church as having something like a unified and systematic mode of thought about the relations between the two Powers, while I think that the truth is that we are really dealing with a movement of thought arising from certain definite situations, not the logical development of certain a priori judgements. It is quite true that the deposition of Henry IV by Gregory VII was an action of revolutionary significance, and implied a claim to a very indefinable authority. But I do not think that this should be confused with a theory that the Spiritual Power was supreme over the Political. How far such a theory was developed in the thirteenth and fourteenth centuries is a matter for further consideration. I do not think that it can be maintained that it had any official or authoritative place in the eleventh or twelfth centuries.

¹) Cf. Gerhoh, "De Quarta Vigilia noctis".

LA LIVRAISON DU CLERC CRIMINEL AU BRAS SÉCULIER DANS LE DROIT ECCLÉSIASTIQUE FRANÇAIS DU XIII^E SIÈCLE

PAR

R. GÉNESTAL (CAEN).

Quelque importance que l'Eglise attache à se réserver la juridiction sur les membres du clergé, comme l'Armée sur les militaires, il lui a toujours fallu accepter ou solliciter la collaboration du juge séculier, surtout en matière pénale. L'aide de celui-ci est, dans la plupart des cas, nécessaire pour arrêter le coupable, elle peut l'être même pour le punir, quand le crime est assez grave ou le criminel assez endurci pour que les peines dont dispose l'Eglise soient insuffisantes ou inopérantes.

C'est pourquoi le *privilegium fori* n'a jamais été absolu et a toujours laissé quelque place à la peine séculière appliquée par le juge séculier. Mais l'intervention de celui-ci a été suivant les temps plus ou moins largement admise. L'époque que je me propose d'étudier, marque précisément le niveau le plus élevé de la compétence ecclésiastique et du *privilegium fori*. Suivant l'évolution de la législation et de la doctrine canonique, la pratique française fait presque complètement disparaître au cours du XIII^e siècle les cas de livraison au bras séculier.

Jugement et dégradation par la justice ecclésiastique, condamnation à une peine temporelle et exécution par la justice laïque, telle fut, pendant des siècles, la procédure de droit commun contre les clercs criminels. C'est celle du droit romain, on ne peut plus

clairement décrite dans les nouvelles de Justinien ¹⁾, c'est celle de l'époque franque ²⁾. Quand, au XI^e siècle, commenceront les poursuites contre les hérétiques, on appliquera sans hésiter cette procédure aux clercs coupables ³⁾.

L'Eglise paraît s'en être fort bien accommodée. Les collections canoniques se passent de l'une à l'autre trois séries de textes (canons de conciles mérovingiens ⁴⁾, nouvelles justiniennes ⁵⁾, fausses décrétales ⁶⁾) où l'on pouvait voir avec plus ou moins de raison la prescription d'abandonner ou même de livrer au juge laïque le clerc dégradé pour crime. La *traditio curiae saeculari*, livraison à la cour séculière, est assurément le résultat d'un contre-sens sur trois fausses décrétales. Mais c'est un contre-sens triomphant, puisque, commis déjà par Yves de Chartres ⁷⁾, il s'impose par le Décret de Gratien au droit canonique classique ⁸⁾. Pour Gratien et pour ses commentateurs, tout crime grave entraînant pour un laïque la peine capitale est puni, si le coupable est un clerc, de la dégradation et de la livraison au bras séculier.

Mais la réaction ne devait pas tarder à se produire. Thomas Becket faisait, après 1172, triompher par son martyre en Angleterre d'abord, en Normandie ensuite un principe nouveau : par

¹⁾ R. Génestal, *Les origines du privilège clérical*, *Nouv. rev. hist. de droit*, 1908.

²⁾ Nissl, *Der Gerichtstand des Clerus im fränkischen Reich*, et C. R. par Esmein, *Nouv. rev. hist. de droit* 1887; G. Lardé, *Le tribunal du clerc dans l'empire romain et la Gaule franque*, 1920, p. 134 et suiv.

³⁾ Dans l'affaire des hérétiques d'Orléans de 1022, c'est le roi qui convoque une cour composée de prélats et de laïques et fait procéder à l'enquête, particulièrement sur les deux principaux coupables, qui sont des clercs. Les évêques effectuent la dégradation et c'est le roi qui, avec l'approbation du peuple présent, prononce la peine du feu. *Gesta synodi Aurelianensis* VIII, *Hist. Franc.* X, p. 539 D, et R. Glaber, III, 8, *Ibid.* p. 38 B.

⁴⁾ Canons interdisant les poursuites contre les clercs *inconsulto sacerdote*, c.-à.-d. permettant ces mêmes poursuites avec l'autorisation préalable de l'évêque (système de la levée de l'immunité parlementaire d'aujourd'hui). Conc. d'Agde, c. 32; Mâcon, c. 10; Clichy, c. 43; Paris, c. 4; Reims, c. 6; Orléans 538, c. 35.

⁵⁾ *Epit. Juliani*, Const. CXV, 33; *Const.* LXXVII, 1.

⁶⁾ *Epistola Pii secunda*, X, p. 120; *epistola Fabiani*, XXI, p. 165; *epistola Stephani*, XII, p. 186.

⁷⁾ Cela résulte très nettement des lettres LIII et LXVI.

⁸⁾ C. XI, qu. 1, dictum précédant le c. 31.

la dégradation le clerc a subi la peine de son crime et ne doit pas être frappé en outre d'une peine séculière, car un même crime ne peut être puni deux fois ¹⁾. Peu après, Alexandre III sanctionnait le principe par une décrétale célèbre ²⁾.

C'était dans le droit de l'Eglise une révolution trop brusque et trop complète. Quelques décrétales postérieures revinrent, pour certains cas particuliers, au système ancien et la doctrine classique, tout en maintenant le principe de Thomas Becket et d'Alexandre, y admit quelques exceptions strictement limitées ³⁾. Malgré cela on peut dire qu'en moins d'un siècle le droit canonique avait fait volte face complète. La règle d'autrefois était devenue l'exception. Le droit ecclésiastique français allait suivre le mouvement.

En Angleterre, la mort de Thomas Becket avait obligé Henri II à abandonner les statuts de Clarendon et fait ainsi triompher le principe nouveau, l'interdiction de toute livraison au bras séculier. La Normandie avait subi le contre-coup de la querelle et le clergé normand y avait fait accepter la même règle, avec une légère atténuation. (Le clerc dégradé, s'il ne pouvait plus être condamné et exécuté par le juge séculier, devait au moins forjurer le pays). Mais le martyre de Saint Thomas l'Abattu ne pouvait faire sentir aussi directement ses conséquences en France. Assurément la querelle y avait eu un grand retentissement. C'est en France, à Sens, que siégeait la cour papale, quand les articles de Clarendon y furent discutés et condamnés. Ce n'est peut-être pas par hasard que le premier canoniste qui fasse allusion à la doctrine nouvelle, est un décrétiste français, écrivant en France, Etienne de Tournay ⁵⁾. A la fin du siècle, Pierre le Chantre se

¹⁾ Maitland, *Henri II and the criminous clerks*, *Engl. hist. rev.*, 1892 p. 224 — 234 ; R. Génestal, *La dégradation des clercs et le droit normand*, *Bull. des Sciences économiques et sociales du comité des travaux historiques*, 1911 (publié en 1914).

²⁾ C. *at si clerici*, 4, X, II, I. J'espère montrer ailleurs (Le *privilegium fori* en France, II) que la décrétale *at si clerici* n'a pu être rédigée qu'après la mort de Thomas Becket.

³⁾ Incorrigibilité, *contumelia episcopi*, faux en lettres apostoliques, hérésie.

⁴⁾ Robertson, *Materials for the history of Thomas Becket*, V, p. 384, 388; VI, p. 264.

⁵⁾ *Die Summa des Stephanus Tornacensis*, édit. Schulte, p. 212. Il n'est malheureusement pas possible de dire avec certitude si Etienne a écrit avant ou après l'affaire Thomas Becket.

réfère expressément à Thomas Becket et cite sa doctrine et ses arguments contre la peine séculière consécutive à la dégradation ¹⁾. Mais le roi de France n'avait pas été mêlé au conflit et il ne s'était rien passé en France qui correspondît à la soumission de Henri II à Avranches ou au concordat d'Orival.

Aussi, à la fin du XII^e siècle et au début du XIII^e, la vieille procédure y était-elle encore bien vivante. Le clerc condamné pour crime à la dégradation était repris par le juge séculier, qui le condamnait à son tour et l'exécutait comme un simple laïque.

Nous en avons la preuve dans le *Corpus juris canonici* lui-même. Le c. *ad audientiam, de crimine falsi* ²⁾, est le premier indice de l'embarras où se trouvait le juge ecclésiastique pris entre la coutume ancienne et le Décret de Gratien d'une part, qui prescrivent la livraison au bras séculier, et la décrétale *at si clerici* d'Alexandre III d'autre part, qui l'interdit absolument. C'était sous le pontificat d'Urbain III (1185—87). La décrétale *at si clerici* était déjà connue et répandue, comme le prouve son insertion dans de nombreuses collections canoniques ³⁾. Un évêque français (on ne peut préciser davantage, le fragment nous ayant été rapporté sans adresse), avait à juger quelques clercs coupables d'avoir falsifié le sceau du roi Philippe Auguste. Il les tenait en prison et demandait au pape ce qu'il en devait faire. Urbain III répondit que l'évêque ne devait faire infliger aux coupables aucune mutilation, aucune peine corporelle qui pût mettre leur vie en danger. Or ni l'évêque ni le pape n'ont pu un instant envisager l'idée qu'une juridiction ecclésiastique pût, je ne dis pas exécuter, mais même prononcer une peine de mutilation ou de mort. Ce qui était en question, c'était donc la livraison au bras séculier, après dégradation, cela va de soi. Sans doute les juges royaux l'avaient ils requise. C'est le conflit entre l'ancienne procédure, dont le roi de France, comme naguères le roi d'Angleterre, veut

¹⁾ „Sed et beatus Thomas Cantuariensis clericum degradatum noluit pro eodem crimine alias puniri, quia non punit Deus bis in idipsum”. Petri Cantoris *Verbum abbreviatum*, c. 78, P. L. CCV, col. 231.

²⁾ C. 3, X, V, XX.

³⁾ Elle figure pour la première fois dans la *Collectio Cantabrigiensis*, c. 48, Friedberg, *Canonensammlungen*, p. 15.

maintenir l'application, et les principes nouveaux, sur lesquels s'appuie l'évêque pour refuser la livraison.

Au commencement du XIII^e siècle, le conflit prend de plus graves proportions, mais la vieille coutume, appuyée par le roi et ses barons, résiste encore efficacement. Nous possédons, daté de 1205, un établissement rendu d'accord par le roi et ses barons, pour préciser et limiter les droits de la juridiction ecclésiastique ¹⁾. Il vise précisément, dans ses articles 2 et 6, l'opposition entre le nouveau droit de l'Eglise et la coutume ancienne. Quand la justice séculière arrête un clerc coupable d'un crime entraînant peine de mort ou de mutilation, elle le livre à l'Eglise *ad degradandum* ²⁾. Cette brève formule n'indique que le résultat final cherché par le juge séculier. Il faut évidemment sous-entendre que le tribunal ecclésiastique juge avant de prononcer et d'exécuter la dégradation. Mais que doit-on faire du coupable dégradé? Le livrer au bras séculier, disaient les uns d'accord avec le vieux droit du Décret et les Décrétistes; le mettre en liberté, prétendaient, paraît-il, certains prélats, qui soutenaient, avec Thomas Becket et Alexandre III, que la dégradation est par elle même une peine suffisante. Le roi et ses barons exagéraient peut-être pour les besoins de leur cause, en affirmant que les prélats voulaient remettre les condamnés dégradés en liberté. Si certains agissaient ainsi, ils étaient assurément en faute, car le dégradé doit accomplir sa pénitence dans un monastère. Mais que le juge ecclésiastique ait refusé de livrer, cela était, en 1205, parfaitement correct. Si donc le juge séculier mettait la main sur le clerc

¹⁾ Sur les raisons qui doivent empêcher, malgré l'allégation de Dom Bessin, de considérer le texte comme visant la Normandie, voir R. Génestal, *La dégradation des clercs et le droit normand*, loc. cit. p. 242.

²⁾ Art. 2: „Secundum capitulum quod, quando clericus capitur pro aliquo forisfacto unde aliquis debet vitam vel membrum perdere et traditur clerico ad degradandum, clerici volunt illum degradatum omnino liberare; ad quod respondetur quod clerici non debent eum degradatum reddere curiae, sed non debent illum liberare neque ponere in tali loco, ubi non possit capi, sed justitarii possunt illum capere extra ecclesiam vel coemeterium et facere justitiam de eo, nec possunt inde trahi in causam”. Art. 6: „Si clericus deprehensus fuerit in raptu, tradetur ecclesiae ad degradandum et, post degradationem, poterit eum capere rex vel justitarius extra ecclesiam vel atrium et facere de eo justitiam et non poterit [inde trahi] in causam”. Ord. I, p. 39.

dégradé, la cour d'Eglise l'excommunait. Et, pour soustraire plus sûrement le condamné au juge temporel et au supplice, le juge d'Eglise le plaçait en lieu d'asile. Il n'avait pour cela qu'à effectuer la dégradation dans l'Eglise ou le cimetière. Le clerc dégradé était bien redevenu laïque et, suivant l'ancien droit, auquel se référaient les juges royaux et seigneuriaux, pouvait et devait être arrêté, jugé et exécuté par le juge lai, mais il était couvert par l'immunité de l'asile. D'accord avec les barons, le roi décide que le juge d'Eglise ne doit pas la *traditio curiae*, mais ne doit pas s'opposer à ce que le juge laïque punisse le clerc dégradé de la peine que mérite son crime. Par rapport au Décret, c'est une atténuation favorable à l'Eglise. Les gens d'Eglise avaient en effet scrupule, on le voit dans les canonistes, à livrer eux-mêmes le dégradé au pouvoir séculier, qui l'attendait pour le mettre à mort. C'est pourquoi le droit canonique, sans pouvoir effacer des textes la *traditio curiae*, a cherché à la remplacer par un simple abandon, qui n'engage point sa responsabilité dans la peine capitale ¹⁾. Philippe Auguste n'en demande pas davantage. Que le juge ecclésiastique laisse faire le juge temporel. Henri II n'avait pas été plus exigeant. L'article 3 de Clarendon veut seulement que l'Eglise cesse de protéger le dégradé, se désintéresse de son sort. Cette attitude des deux rois se comprend d'autant mieux que la *traditio curiae*, basée sur un contre-sens, n'appartenait pas à cette vieille procédure coutumière, à laquelle on était attaché. Enfin l'établissement de 1205 interdit formellement à l'évêque de placer le dégradé en lieu d'asile, pour mettre indirectement obstacle à l'exercice des droits de la juridiction temporelle. Le roi et ses barons résistaient donc encore victorieusement, au début du XIII^e siècle, à l'introduction en France du droit nouveau.

Quelques années après, en 1209, l'évêque de Paris, Pierre de Nemours, recevait d'Innocent III la décrétale *novimus* ²⁾, qui marque, dans l'histoire de la législation ecclésiastique, le dernier

¹⁾ L'abandon (*relinquatur*) est prescrit pour l'hérétique en 1184, c. *ad abolendam*, 9, X, V, VII. Et le c. *novimus* (c. 27, X, V, XL) d'Innocent III explique que la *traditio* s'effectue par une simple requête adressée par le juge d'Eglise au juge séculier de recevoir le dégradé à son for. Les canonistes feront remarquer que jamais l'Eglise ne fait la *traditio manualis* cf. Innocent IV et Hostiensis, sur le c. *novimus*.

²⁾ C. 27, X, V, XL.

essai de retour en arrière vers le droit du Décret. Le prélat avait à punir un clerc coupable de faux en lettres apostoliques, et il demandait au pape des explications sur la signification exacte de l'expression *tradere curiae*, qu'il rencontrait dans plusieurs textes et notamment dans une décrétale du pontife régnant qui vise précisément ce crime. C'est en effet l'un des cas dans lesquels exceptionnellement le droit nouveau a maintenu la livraison du clerc coupable au bras séculier. L'évêque de Paris devait être d'autant plus embarrassé pour faire application du texte que, quatre ans auparavant, le pouvoir séculier avait déclaré se contenter d'un simple abandon. D'autre part, il se demandait sans doute et demandait au pape si cette procédure (livraison ou abandon) s'appliquait d'une manière générale à tous les crimes, comme l'avait décidé en France l'établissement de 1205, ou exceptionnellement à quelques-uns. Pour tout crime grave (*flagitium grave, non solum damnabile sed damnosum*) répondit Innocent III, il y a lieu à dégradation, le juge séculier présent, expressément requis de recevoir à son tribunal le clerc dégradé et supplié d'épargner sa vie et ses membres. N'est-il pas remarquable que ce soit dans une lettre pontificale adressée à la France que se rencontre pour la dernière fois l'expression du vieux droit? Et n'est-il pas vraisemblable qu'elle lui était soufflée par la consultation même du prélat français, qui était bien obligé de consentir, sinon la livraison, du moins l'abandon des criminels au bras séculier? La rigueur du droit était cependant atténuée dans le c. *novimus* en ce sens que la dégradation et la livraison étaient, non pas une obligation, mais une faculté pour le juge ecclésiastique, qui conserve ainsi un large arbitraire.

Le vieux droit était encore appliqué en France en 1226. Les trois évêques du Mans, de Chartres et d'Orléans, commis par le pape pour juger plusieurs chanoines coupables du meurtre d'un abbé, les condamnèrent à la dégradation, en livrèrent quelques uns au juge séculier, qui les condamna à mort, et se contentèrent de chasser les autres du monastère. C'est Honorius III qui nous l'apprend, en chargeant l'évêque du Mans de prendre sous sa protection le couvent menacé de représailles par les parents des condamnés ¹⁾.

¹⁾ „Cum quidam canonici conventus ecclesiae sanctae Mariae Blesensis abbatem ejusdem loci interfecerint et ipse episcopus una cum Carnotensi et

Mais les tendances du droit nouveau apparaissent nettement dans un concile que tinrent à Château-Gontier, en 1231, les évêques de la province de Tours. En cas de crime énorme, les clercs arrêtés par le juge séculier, doivent être remis à l'ordinaire, qui les juge et les dégrade, s'il les reconnaît coupables. Et si, par la suite, ajoute le canon, ils se montrent incorrigibles, l'Eglise ne les défendra pas ¹⁾. Voilà bien la nouvelle doctrine. Il n'y a jamais de *traditio curiae saeculari*. Quelque grave que soit le crime commis, la dégradation est une peine suffisante. Seul l'incorrigible, c'est-à-dire celui qui, à plusieurs reprises, a refusé de se soumettre à la sentence de l'Eglise, peut être, non pas livré, mais laissé au juge séculier ²⁾.

Une trentaine d'années plus tard, le pape pouvait constater en France l'existence d'une coutume contraire à la tradition au bras séculier. Le conflit s'élevait alors entre les deux juridictions à propos des clercs mariés et surtout des bigames, que la juridiction ecclésiastique voulait, malgré les réclamations de la justice séculière, maintenir en jouissance de leur privilège clérical. Saisi des plaintes du roi, le pape répondit que le juge temporel pourrait punir les clercs mariés, comme la justice l'exige, après dégradation préalable, nonobstant toute coutume contraire. Il y avait donc dans l'Eglise de France, au moins dans certains diocèses, une coutume interdisant la dégradation et la livraison même des clercs mariés ou bigames. Le pape pouvait présenter comme une concession au pouvoir séculier, comme un régime exception-

Aurelianensi episcopis, de mandato Sedis apostolicae, quosdam ex ipsis a suis ordinibus degradatos, aliis per saecularem judicem interemptis, ab ipso monasterio perpetuo amoverunt . . ." Reg. d'Honorius III, 6102, 15 dec. 1226.

¹⁾ „Item ne facilitas veniae delinquendi prebeat incrementum, praecipimus quod clerici in enormi delicto deprehensi reddantur dioecesano. Et, si convicti fuerint vel confessi coram eodem de crimine et tale fuerit delictum propter quod debeant degradari, ab episcopo degradantur. Et si postea incorrigibiles apparuerint, ab ecclesia nullatenus defendantur". Conc. de Chateau-Gontier, 1231, c. 10.

²⁾ Le clerc n'est abandonné au bras séculier comme incorrigible qu'après trois sentences ecclésiastiques. Si déposé, il ne s'est pas soumis à la sentence, il sera excommunié, s'il persiste dans sa contumace, on le frappera d'anathème. Alors seulement, s'il ne se soumet pas, il y a lieu à intervention du juge séculier. c. *cum non ab homine*, 10, X, II, I.

nel et spécial à des clercs indignes, ce qui était encore peu de temps auparavant le droit commun canonique et particulièrement la coutume de l'Eglise de France ¹⁾).

En 1274, la cour du roi eut à son tour à résoudre la question pour le comté de Toulouse, récemment réuni au domaine. Succédant aux droits du comte de Toulouse, le roi avait à cœur de n'en laisser rien perdre. Maintes contestations s'élevèrent cependant. Il fallut que, en 1273, Philippe III expédiât deux de ses clercs, Foulques de Laon et Thomas de Paris, pour connaître des réclamations ²⁾. Parmi les réclamants se trouvait l'évêque de Toulouse et parmi les questions litigieuses celle de la répression des crimes des clercs. Les deux enquêteurs ne se jugèrent pas assez éclairés pour les trancher et ils en référèrent à la cour, qui répondit par une consultation en 9 articles aux 9 questions touchant la compétence respective des deux juridictions, que les enquêteurs avaient posées ³⁾.

L'article 3 concernait la punition des clercs homicides. A qui, demandaient les deux enquêteurs, de l'évêque ou du juge royal, doit être remis le clerc ayant commis un homicide sur le territoire de la justice du roi? La Cour ne répond pas expressément. Il faut, dit-elle, s'en référer sur ce point au droit écrit, s'il n'y a coutume contraire ⁴⁾. Mais la Cour ne dit pas ce que prescrit sur

¹⁾ „Alexander . . . archiepiscopis et episcopis . . . per regnum Francie constitutis . . . Ex parte carissimi in Christo filii nostri, regis Francorum illustris, fuit propositum coram nobis quod nonnulli clerici bigami et viduarum mariti et alii etiam clerici uxorati regni sui diversa maleficia committere non verentur, que oculos divine majestatis offendunt et homines scandalizant. Quo circa universitati vestre per apostolica scripta mandamus quatinus non impediat quominus rex, comites et barones ipsius regni, sub quorum jurisdictione malefactores ipsi consistunt, ipsos, in enormibus dumtaxat criminibus deprehensos, que sanguinis penam requirunt, eis primitus clericali gradu previa ratione privatis, puniant secundum quod justitia suadebit, consuetudine contraria non obstante” 31 janv. 1250. Trésor des chartes, n^o. 4380.

²⁾ Cf. Ch. V. Langlois, *Philippe le Hardi*, p. 170 et suiv.

³⁾ Ord. I, p. 301; Isambert, I, p. 655; Hist. du Languedoc, X, pr. col. 133.

⁴⁾ „Ex quo clerici interficientes homines in jurisdictione nostra, cui committi debeant, nobis videlicet an episcopo, recurri volumus ad jus scriptum, nisi quid agi debeat consuetudo declaret”. Art. 3. Les termes de la question: „cui committi debeant” pourraient faire croire que la difficulté portait sur la déten-

ce point le droit écrit, ni même quel est ce droit écrit auquel elle se réfère. L'expression pourrait à la rigueur s'entendre du droit canonique, des Décrétales. Cependant, si l'on remarque que nous sommes en pays de droit écrit, que la cour, parlant dans l'article suivant du droit canonique, emploie une expression différente (*hoc videntur sentire canones*), il devient évident que la cour parle ici du droit romain.

D'ailleurs, renvoyés au *Corpus juris civilis* ou au *Corpus juris canonici*, les clercs du roi trouvaient dans l'un et dans l'autre la même solution, parce que le premier les renvoyait lui-même au second. Ils pouvaient lire, en effet, dans la novelle 123 et dans l'authentique *clericus*¹⁾, qui en est tirée, que le juge séculier et le juge ecclésiastique peuvent l'un et l'autre être indifféremment saisis et que, de quelque manière que commence la procédure, elle aboutit nécessairement, si le clerc est reconnu coupable, à la dégradation suivie de peine temporelle. Mais ils lisaient aussitôt après, dans l'authentique *Statuimus*, que le droit civil était désormais conforme au droit de l'Eglise. Ils se trouvaient donc en somme ramenés à la *communis opinio Doctorum*, qui n'admettait la livraison au bras séculier que comme une procédure tout à fait exceptionnelle, limitée à quatre cas, sans plus.

Ainsi le droit ecclésiastique français avait, quoique avec un léger retard, assez rapidement et docilement suivi le droit canonique dans ses transformations. Le clerc criminel n'est désormais puni que par l'Eglise et le pis qui lui puisse arriver est d'être détenu à perpétuité en prison ecclésiastique.

J'espère établir ailleurs que la vieille procédure disparaîtra si bien que, non seulement elle ne sera plus le droit commun, mais qu'elle ne trouvera même plus son application dans les

tion du clerc. Mais si la *captio* appartient parfois à une autre justice que celle qui a compétence pour juger, la détention appartient toujours, sauf emprunt de prison, à la justice qui doit instruire l'affaire et juger le criminel. C'est donc bien de la compétence pour juger qu'il s'agit. D'ailleurs l'art. 5 suppose que l'évêque peut, en refusant de condamner le clerc homicide, priver le roi de son droit de confiscation. C'est donc bien l'évêque qui juge et la difficulté porte bien, dans l'article 3, sur les droits qui appartiennent à la justice du roi à côté de celle de l'évêque.

¹⁾ L. 31, Code, *de episcopis et clericis*, I, III.

4 cas que, exceptionnellement, la doctrine canonique avait maintenus.

Le premier, la rébellion du clerc contre son évêque, paraît être resté en général et particulièrement en France, sans application. Le second, le faux en lettres apostoliques, crime fréquent et que l'Eglise surtout était intéressée à réprimer, n'est jamais en fait puni que de la prison ecclésiastique. Quant au troisième cas, celui de l'incorrigible, les conditions requises par le droit canonique pour reconnaître le clerc en état d'incorrigibilité, étaient si difficiles à réunir qu'il ne pouvait avoir non plus d'application pratique. Dès la fin du XIII^e siècle, il ne reste qu'un seul cas de livraison du clerc dégradé au bras séculier, l'hérésie. C'est la seule épave qui surnage de l'ancien droit commun.

Au XV^e siècle, le glossateur du Grand Coutumier de Normandie ne connaît que deux crimes pour lesquels l'Eglise, après avoir dégradé le coupable „de toutes ordres le laisse. Et lors la justice laïe le prend et en fait on la punicion qui appartient: c'est assavoir que, s'il est traistre, on lui tranche la teste et, s'il est hérèse, on l'ard" ¹⁾). Des quatre cas anciens il ne reste donc que l'hérésie. L'autre, le crime de lèse majesté, est un cas nouveau que, à partir du XIV^e siècle, la justice séculière tentera, avec beaucoup de peine, de faire reconnaître.

Il faudra en effet à la juridiction séculière de longs efforts, d'ingénieuses constructions et interprétations juridiques, pour reconquérir les positions perdues depuis le XII^e siècle, puis pour les dépasser.

Etendre, en s'appuyant sur divers textes canoniques (dont on forçait le sens) le nombre des cas de livraison; transformer la procédure des cas privilégiés, qui ne comportait jadis qu'une peine pécuniaire, pour la faire aboutir à une peine afflictive, que la justice séculière exécutera, après avoir obtenu de l'ordinaire la dégradation; faire rentrer enfin dans la notion de cas privilégié ainsi modifiée tous les crimes graves, pour lesquels les peines ecclésiastiques constituent une punition insuffisante, voilà les étapes que le droit ecclésiastique français parcourera pour revenir vers

¹⁾ Glose sur le Ch. LXXXIII, *De clers et de personnes de Sainte Eglise*, du Grant Coutumier de Normandie.

le XVII^e s. au droit du XII^e. Enfin développant une notion dont le germe se retrouverait dans certains canonistes du XIV^e siècle, on proclamera au XVII^e siècle, que le crime grave fait perdre *ipso facto* le privilège de son auteur. Alors le *privilegium fori* en matière criminelle aura vécu.

HET VEER TE GARNWERD

DOOR

A. S. DE BLÉCOURT (LEIDEN).

Garnwerd is een kerkdorp in het Westerkwartier van Groningen, gelegen grootendeels in de burgerlijke gemeente Ezinge. Een klein deel van dit kerkdorp wordt door het Reitdiep er van gescheiden en ligt in Hunsingo, in de burgerlijke gemeente Winsum.

Vroeger lag het geheele kerspel aan de westzijde van het Reitdiep; men heeft dit diep in 1629 vergraven, ten gevolge waarvan een stuk van het overige Westerkwartier werd afgesneden. Dit stuk, gelegen tusschen den ouden en den nieuwen arm, duidt men nu nog aan als Klein Garnwerd of Garnwerderhoek; het behoort nu, gelijk gezegd, tot de burgerlijke gemeente Winsum, doch kerkelijk nog steeds onder Garnwerd. Omtrent deze doorgraving leest men in Feith's *Beklemregt*, I, bl. 224, in een noot, o. m. het volgende: „De Hunse of het Reitdiep liep voorheen van Wetsingerzijl tot ongeveer Schillegeham ¹⁾ met eenen halve-maans cirkel oostelijk uit. De Staten besloten dien halven cirkel af te snijden door het graven van een regt uit loopend kanaal tusschen deze beide punten, hetgeen dan ook in 1629 heeft plaats gehad. Door deze verlegging van de bedding der Hunse werden er natuurlijk gronden vergraven en verscheidene boerenplaatsen doorgesneden, zoodat het eene gedeelte aan de oostzijde en het andere aan de westzijde van de Hunse kwam te liggen”. Het spreekt van zelf dat zij, die woonden of land gebruikten aan rechter- of linkerkant van het nieuw gegraven stuk diep, behoefte hadden aan een overvaart. Die aan de westzijde, omdat zij van een deel van het bij hen in gebruik zijnde land waren afgesneden. Die aan de oostzijde, en om gemelde reden en omdat niet alleen hun kerspelkerk aan de overzijde lag, maar daar ook was de zetel van den rechtstoel Aduard, waaronder zij

¹⁾ Wetsinge, een kerkdorp; Schillegeham, een buurschap; beide in Hunsingo.

ressorteerden en bleven ressorteeren ¹⁾. Want — andermaal citeer ik Feith ²⁾ — „na deze doorgraving en naar den loop, dien de Hunse nu ontving, moest het land, dat aan de oostzijde der Hunse kwam te liggen, eigenaardig behooren tot het Hunsingokwartier, maar het bleef, met de huizen en derzelver bewoners, tot het Westerkwartier behooren, en wel totdat, ten gevolge van het Fransch keizerlijk Besluit van den 18den October 1810 en arrêté van den hertog van Plaisance van den 27sten Dec. 1810, alles wat oostelijk van de rivier lag, tot het arrondissement Appingadam, en de Raken, ook Klein Garnwerd genaamd, tot het kanton Winsum gebragt, en sedert behouden werd” ³⁾. De Klein Garnwerders hadden dus meer belang bij den aanleg van een veer dan die van de overzijde. Want voor deze, aan de westzijde van het diep, bestond het belang bij zulk een aanleg hoofdzakelijk, zoo niet uitsluitend, in de mogelijkheid het land te bereiken, dat zij in gebruik hadden en waarvan zij waren afgesneden. Door ruiling van land kon hun ook afdoende hulp worden geboden. Wij zullen straks zien dat inderdaad, behalve door aanleg van een veer, ook door ruil getracht is de bezwaren, aan de doorgraving verbonden, te ondervangen, zoodat ieder bij die verruiling betrokken slechts land aan eene zijde van het diep in gebruik kreeg.

Den 14den September 1917 wees de rechtbank te Groningen een vonnis betreffende het overzetveer te Garnwerd, dat gepubliceerd is in de Ned. Jur., 1917, bl. 1216. De eischer in dat geding, E. Bruins, bewoner van een boerenplaats in Klein Garnwerd, had den eigenaar en bedienaar van het veer gedagvaard en gevorderd: erkenning van zijn recht, om, als bewoner van Klein Garnwerd, kosteloos te worden overgezet en veroordeeling van den gedaagde tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie, hierin bestaande, dat hij geweigerd had hem kosteloos over te zetten. De rechtbank overwoog dat als vaststaande mocht aangenomen, dat Gedeputeerde Staten der provincie in 1631 een veerman te

¹⁾ *Teg. Staat*, II, bl. 393.

²⁾ Feith, *Beklemregt*, I, bl. 225.

³⁾ Vóór de splitsing van administratie- of politie- en justitiezaken en -colleges behandelde de grietman van Aduard niet enkel rechtszaken. Ik heb hier niet na te gaan, hoe en wanneer ook ten aanzien van de „politie” Klein Garnwerd van het Westerkwartier losgemaakt en onder Winsum is gekomen.

Klein Garnwerd ¹⁾ hebben aangesteld, om het publiek te gerieven, en hem tegen genot van landgebruik hebben opgelegd de verplichting om een zekere categorie van personen uit oostelijk Garnwerd bij dag gratis over te zetten. Op grond nu dat, naar het oordeel der rechtbank, de instelling van het veer *dus* was een maatregel van publiekrechtelijken aard, die *bijgevolg* geen burgerlijken rechtsband schiep, noch tusschen de Overheid en de genot hebbenden, noch tusschen deze en den veerman, werd eischer, die zich enkel op het in 1631 gevestigde recht beriep, niet ontvankelijk verklaard. Nog voegde de rechtbank aan gemelde overweging toe deze beschouwing, „dat de verwording van het veer tot een erfelijk recht, om het te drijven onder den last van het betalen van eene recognitie aan den rechtstoel van Aduard, aan het wezen der zaak niets veranderde” en dat „juist de oorsprong van het veer in 1631 aantoon, dat hier niet te denken valt aan eenig uitsluitend recht van de heeren van Aduard op het veer, dat zij tegen betaling door anderen lieten uitoefenen, onder beding van vrije overvaart voor zekere personen”. Volgens de rechtbank hadden de heeren van Aduard geen veerrecht; met welk recht zij dan ter zake van dit veer recognitie hieven, dat zegt de rechtbank niet, waarschijnlijk omdat partijen dit niet hebben kunnen ophelderen bij gebrek aan feitelijke gegevens.

Door het aanleggen van veren wordt een publiek belang gediend. Dat was vroeger al even zeer het geval als nu. De groote stroom, waartoe ook de rivier de Hunse behoorde, en al de daaraan verbonden rechten van toll, veren, visscherijen, waren regalia van den landsheer. Het is intusschen overbekend, dat deze regalia, ook wanneer met de uitoefening er van publieke belangen werden gediend, zaken in den handel waren, dat ze, zoo privaatrechtelijk mogelijk, werden behandeld, verhandeld, geëxploiteerd. En dat het met het veer te Garnwerd al niet anders is gegaan, doet het vonnis der rechtbank vermoeden; immers de recognitie, die de heeren van Aduard hieven in verband met de exploitatie van het veer, is een aanwijzing dat die heeren het veerrecht van de Overheid zullen hebben gekocht. De rechtbank stelt verder

¹⁾ Dit is een lapsus; er moet gelezen worden Garnwerd; het veerhuis is aan de westzijde.

vast dat het recht op die recognitiepenningen ter zake van dit veer op de rechtsvoorgangers van den gedaagde en op hem zelf is gedevolveerd, zoodat zij „geheel vrije beheerders van het veer waren geworden”.

De redeneering van de rechtbank, die haar tot de niet-ontvankelijkheidsverklaring leidde, zou zeer misschien opgaan, zoo het veer provincie-veer gebleven ware. Dan zou men — ik herhaal, zeer misschien — kunnen zeggen: de Overheid moet weten, of en wien zij kosteloos wil overzetten; het is een gunst, welker niet-verleening nooit tot een rechtsvordering kan aanleiding geven. Maar aangezien de Overheid zich van dit veer ontheeft en klaarblijkelijk ook daarna kosteloos de bedoelde rubriek menschen zijn overgeevaren — in het vonnis wordt geconstateerd, dat nog tot in 1914 de eischer in dit geding kosteloos is overgeevaren — kan en kon het volgens de rechtbank reeds sinds 1631 in uitzicht gestelde redmiddel („het eenige”!), n.l. dat van „beklag bij de Overheid”, geen ander gevolg hebben, dan dat diezelfde Overheid zal en zoude zeggen en gezegd hebben: landman van Groot- of Klein Garnwerd, in uw verzoek moet worden gedifficulteerd, want er zijn rechters in Groningen. En zoo zou het antwoord der Overheid luiden nu in 1923, gelijk in 1917, toen de rechtbank dit vonnis wees, gelijk op den dag nadat het veer was van de hand gedaan.

De feiten, zooals ze staan vermeld in het gepubliceerde deel van het vonnis (de rechtsoverwegingen), bewijzen m. i. dat het punt in quaestie anders was dan de rechtbank het stelde. Het komt mij voor, dat hier te beantwoorden vielen deze 5 vragen: 1°. Is het beding van 1631 een *persoonlijk* of een *zakelijk* beding, is m. a. w. de verplichting, die er aan de zijde van den eigenaar van het veer uit voortvloeit, bedoeld als een persoonlijke of als een zakelijke, als een, die al dan niet zou overgaan op rechtsopvolgers onder bijzonderen titel? 2°. Kon men in 1631 dergelijk beding als zakelijk recht vestigen? 3°. Zoo ja, wat was dan het object, de zaak, waarop de last drukte; was dit het veer, het veerhuis, of het stuk land, dat de Staten in 1631 afstonden voor den bedienaar van het veer? 4°. Is dit recht van veer blijven bestaan als exclusief veer? en 5°. welk gevolg heeft een bevestigende of ontkennende beantwoording van deze 4^e vraag op de beslissing in dit geding?

Het vonnis der rechtbank is in kracht van gewijsde gegaan; er is niet van geappelleerd. Door een nader onderzoek van de quaestie, aan de hand van de gestelde vraagpunten, en een publicatie van de resultaten van dit onderzoek wordt dus niet getracht stemming te maken bij den rechter, die in hooger beroep heeft te oordeelen. De quaestie van het veer te Garnwerd kwam mij voor een bespreking te verdienen.

Alvorens nader in te gaan op de gestelde vraagpunten, zal ik eenige historische gegevens betreffende dit veer meedeelen. Behalve die, welke ik ontleen aan mededeelingen, vervat in het reeds geciteerd werk van Feith, zijn die gegevens mij verstrekt door den heer P. H. Meekhoff Doornbosch, den bekenden oudheidkundige te Baflo, die te dezer zake een onderzoek in het Rijksarchief te Groningen heeft ingesteld en het daar verzamelde materiaal heeft aangevuld met andere feiten, getrokken uit zeldzame pamfletten, aanwezig in zijn uitgebreide boekerij. Toen de heer Doornbosch in 1921 mij het vonnis liet lezen, was het nog niet lang geleden, dat ik bijna dagelijks het meergemeld verzamelswerk van Feith hanteerde; zodoende herinnerde ik mij bij de lectuur van dat vonnis, dat Feith over die doorgraving van Garnwerd iets meedeelde in verband met de verhuring van provincielanden, aldaar gelegen. En waar de rechtbank zoo op den voorgrond stelde, dat de Staten der provincie met den aanleg van dit veer *publiekrechtelijk*, als Overheid, waren opgetreden, rees dus de vraag: is dat wel zoo, of heeft de provincie hier gehandeld als landeigenares ten bate van haar meiers? Intusschen ook als men tot de slotsom komt: de provincie handelde als Overheid, zoowel bij de doorgraving als bij den aanleg van het veer, dan leidt dit niet tot de conclusie, die de rechtbank trok, als zou daarmee vaststaan, dat hier van een burgerrechtelijke verplichting, die tot een rechtsvordering aanleiding kan geven, nooit sprake kan zijn.

Op grond nu van de bovenbedoelde historische gegevens kom ik tot de conclusie dat de Staten, die bij de doorsnijding natuurlijk als Overheid het belang van de scheepvaart beoogden, met den aanleg van het veer meer als landeigenaar ten behoeve van hun meiers zijn opgetreden; echter niet uitsluitend, want ook aan niet-provinciemeiers kwam het veer ten goede, en, voorzover in hun belang werd gehandeld, handelden de Staten als Overheid.

Den 25sten Februari 1629 besloten de Staten de doorgraving te maken van de Swalve tot de Raken. Den 8sten Mei 1629 ¹⁾ droegen zij aan de commissie, belast met het opzicht op de doorgraving, op, onderzoek te doen naar een door de (provincie)meiers van Garnwerd ingediend verzoek, om vermindering van aanslag in de verpondingen. Een verzoek, dat gedaan was, omdat er van de landen, bij hen in gebruik, was afgenomen voor de doorgraving. Leest men de resolutie, die definitief in deze zaak is genomen ²⁾, dan blijkt duidelijk, dat de nieuwe arm van het Reitdiep voor een deel althans door provincieland is gegraven. Dat provincieland behoorde tot boerderijen, die in beklemming waren uitgegeven; de beklemden meiers konden zich tegen die doorgraving niet verzetten, want het waren opzegbare beklemmingen, men leefde nog niet in de periode der altijddurende. Met opzegbare meiers viel, ook als de huurjaren nog niet om waren, gemakkelijk een regeling te treffen ³⁾.

Inmiddels was den 10den Februari 1630 besloten, dat de landen „aen wederzijden van 't nije diep gelegen, in heerden” (= boerenplaatsen) „op het bequaemst sullen worden verdeeld”. M. a. w. een ruiling van grond over de daar ter plaatse liggende provinciale boerderijen. Uit de resolutie van 3 Maart 1631, vermeld bij Feith, a. w., bl. 224/225, in noot, zou ik afleiden dat aan dat besluit van 10 Febr. 1630 gevolg gegeven is ook; immers op dien 3den Maart 1631 werd de verdeling der landen te Garnwerd „tot accommodatie van de meijeren” zooals die volgens de daarover gehouden „besoignes” te boek was gesteld, „bij die heeren Staten van Stadt ende Lande geaprobeert”.

Nu was er in de Statenvergadering van 25 Mei 1630 een verzoekschrift ingekomen van ingezetenen van Garnwerd aan de westzijde van het „nije diep”, die klaagden, dat zij last er van ondervonden, dat hun land aan beide zijden lag van het nieuwe diep. Zij vroegen een overvaart. Het is zeer wel mogelijk dat dit verzoekschrift afkomstig is van menschen, die niet provincie-

¹⁾ Bij Feith, *Beklemrecht*, I, bl. 224, in noot.

²⁾ Bij Feith, *Beklemrecht*, I, bl. 223/224.

³⁾ Uit het nader te vermelden Staatboek van Spanheim, bl. 345 e.v., blijkt dat ook door landen van particulieren is gegraven.

meiers zijn. Maar ook het tegendeel is denkbaar, want op 25 Mei 1630 was de „ruilverkaveling”, om dit moderne woord eens te gebruiken, onder de provinciemeiers nog niet tot stand gekomen; immers pas op 3 Maart 1631 — gelijk wij zagen — werd dit goedgekeurd. Is het verzoekschrift afkomstig van niet-provinciemeiers, dan bestaat er kans, dat in het terrein tusschen het nieuwe diep en de oude bedding (in Klein Garnwerd m. a. w.) behalve provincieland, ook nog landerijen lagen, die niet aan de provincie toebehoorden.

Ter bevordering van bedoelde ruiling heeft men zelfs land van de kerk van Garnwerd afgenomen en aan de provinciemeiers toegewezen. Quonam jure, dat laat ik hier ter zijde¹⁾. De Staten hadden toen nog het collatierecht van de kerk in Garnwerd, dat zij in 1694 blijkens gedrukte verkoopcond. hebben verkocht²⁾; de patroon der kerk mengde zich gaarne in de administratie der kerkfondsen.

Niet *al* het land, hetwelk vergraven is tot het nieuwe stuk Reitdiep, was provincieland; vermoedelijk behoorde evenmin *al* het land tusschen het nieuwe stuk en de oude bedding aan de provincie. De oude bedding behoorde natuurlijk wel aan de provincie³⁾; de oude dijken met stukken uiterdijk of kwelder behoorden aan de naastgelanden, en dus voor een groot deel aan de provincie⁴⁾. Want de provincie had een zeer groot grondbezit in Garnwerd; dit blijkt uit de gedrukte „conditiën en register van een gedeelte der provinciale landerijen, welke verkogt staan te worden in het provintiehuys binnen Groningen, den 22 en den 29 October 1770”. Het is bekend dat in de 2e helft der 18e eeuw de provincie zich van haar landerijen, vrijwel alle afkomstig van de geseculariseerde kloostergoederen, heeft ontdaan. In deze conditiën vindt men den eigendom van 19 perceelen *behuisde* landen (die dus in beklemming onder een huis des meiers waren uitgegeven)

¹⁾ Zie Feith, *Beklemregt*, I, bl. 309/310; let op de woorden „*na* de gravinge”; m. a. w. niet ten bate van de „gravinge” van het diep werd dit kerkeland genomen, maar ten bate van de „ruilverkaveling” onder de provinciemeiers.

²⁾ *Teg. Staat*, II, bl. 392/393; Oorkondenboek v. Gr. en D., n^o. 158.

³⁾ Van deze oude bedding zijn ook aan particuliere eigenaren gronden toegewezen ter vergoeding van de hun door de doorgraving ontnomen gronden, zooals men uit het Staatboek Spanheim, bl. 345 e. v., mag afleiden.

⁴⁾ Vgl. mijn *Beklemrecht en Studsmeierrecht*, bl. 267/270.

en van 2 perceelen *onbehuisde* landen, alles onder Garnwerd gelegen, te koop aangeboden. Van die 19 bekleemde plaatsen waren er 6, van welke wordt vermeld, dat er eenige grazen land van 't oude kanaal onder behoorden (m. a. w. van de drooggelegde oude bedding); van deze 6 plaatsen kan dus met zekerheid worden geconstateerd, dat ze in Klein Garnwerd lagen; immers door de besproken „ruilverkaveling” had geen provincieplaats nog aan beide zijden van 't diep land liggen. Feith ¹⁾ vermeldt dat er in Klein Garnwerd 7 boerderijen lagen. Wandelt men thans door Klein Garnwerd, dan ziet men nog zeer duidelijk stukken van de oude dijken door 't land kronkelen en ook nog sporen van den ouden stroom en men telt er behalve eenige keuterijtjes en arbeiderswoningen nog 9 boerenplaatsen. Niet elke provincieplaats behoeft juist van die oude bedding er bij gekregen te hebben; het is zeer wel mogelijk dat er van ouds 7 plaatsen lagen en dat ze alle provincieplaatsen zijn geweest. Iemand, ter plaatse bekend, wist mij mee te deelen dat er onder die 9 plaatsen 2 nieuwe en 7 oude waren. Het is mij niet gelukt omtrent de constitutie van het veer of de aanstelling van den eersten veerman in 1631 een acte te vinden. Volgens het Staatboek, dat de rentmeester van de provincie Spanheim in de 18^e eeuw vervaardigde, kreeg in 1631 de veerman een stuk dijk en moest hij de ingezetenen van Garnwerd aan de Oostzijde (m. a. w. de Klein Garnwerders) gratis overzetten volgens „verhuiringe, a^o. 1631, fol. 84 vso. te zien” (Staatboek, fol. 300). Het veer heet t. a. p.: „*het provincieveer tot Garnwert*”. En in hetzelfde Staatboek (fol. 324) wordt vermeld, dat de „*provinciemeieren*” (let wel) tot Garnwert met veerman bestelt” worden en dat deze veerman het genot heeft van den westerdijk ten zuiden van den molen. Komt men in Garnwerd, aan de westzijde van het Reitdiep, dan ziet men daar nog den molen en het veerhuis. In 1659 verkochten de Staten den rechtstoel van Aduard ²⁾, die hun was aangekomen uit de gesaeculariseerde goederen van het klooster Aduard. Ofschoon de provincie alle ommegangen in dezen rechtstoel had, die dus staande was geworden, zoo werden ze toch gesplitst verkocht (24 in

¹⁾ A. w., bl. 225, noot.

²⁾ Gedrukte veilingscatalogus van dat jaar.

getal); over de volgorde zou worden geloot tusschen de koopers ¹⁾. Of tegelijk met dezen rechtstoel het veer te Garnwerd is verkocht blijkt uit den veilingscatalogus van 1659 niet; zooveel is zeker dat de latere heeren van Aduard alle ommegangen weer hadden en met dezen rechtstoel, die dus weer staande geworden was, ook het veer hadden. Immers in 1700 stelt de heer van Aduard er Cornelis Jacobs tot veerman aan, onder approbatie der Staten ²⁾. Uit de papieren van het huisarchief Aduard blijkt dat de heer van Aduard, eigenaar van het veer, dit als een accrochement dezer heerlijkheid heeft behandeld en de bediening er van heeft uitgegeven op dezelfde manier als een landeigenaar land in beklemming uitgeeft; er werden ten bate van den eigenaar geschenken bedongen bij overdracht van deze bediening en bij vererving ervan. Ziehier wat daaromtrent in het Staatboek van den heer Lewe van Aduard is te vinden ³⁾: „De overzetterij tot Garnwert geeft voor octrooi voor koper en voor verkoper ieder 40 guldens en voor ouder op kint eens 40 gulden”. Stierf de man of vrouw, dan moest bij hertrouwen voor het te boek brengen van de(n) nieuwe(n) echtgenoot(e) 25 gl. worden betaald. Dit staat op p. 19; op p. 61 wordt het nog eens vermeld en verder vindt men hier: „Als het aan het gerigte vervalt, vermits dat hierbij is een dijk van 7 grasen, die geen huire nogh lasten doet en met het octrooi dan aen 't gerigte vervalt, dan moet daarvan 250 gl. door de ervgenamen betaelt worden aan den heer van Aduard”. De veerman, die door den heer van Aduard, als heer van dezen rechtstoel (dit gericht, deze heerlijkheid), was geoctrooieerd het veer te bedienen, kon dit octrooi overdragen aan anderen en het laten vererven, in het eerste geval werden den veereigenaar (den heer van Aduard) betaald 2 geschenken (één door verkooper en één door kooper), bij vererving kreeg hij er slechts één, geheel à l'instar van de gewone regeling der geschenken in 't beklemrecht. De bedienaar van 't veer had gratis het

¹⁾ Een eigenaardigheid van dezen rechtstoel was, dat de in den eed zijnde redgers zoowel op Ooster- als op Westerwarf compareerden. Veilingscatalogus, 1659.

²⁾ Res. P. S. 9 Jan. 1700; Statenrarchief, n^o. 2242. Was die approbatie voorbehouden, toen de Staten 't veer verkochten? De desbetreffende acte is niet gevonden, ook niet in de protocollen van den rechtstoel Aduard.

³⁾ Inventaris-huisarchief-Aduard, n^o. 104, p. 19, 61, 62, 231, 232.

uit 't voorafgaande reeds bekende stuk dijk in gebruik; de heer Lewe teekende in zijn Staatboek pro memorie aan, dat als het recht van den veerman tot bediening weer verviel aan 't „gerigte”, d. w. z. aan de heerlijkheid Aduard, dat dan voor die 7 grazen dijk 250 gulden moest worden betaald. Dus de heer van Aduard was eigenaar ook van die 7 grazen dijks der provincie geworden. Nieuwe aanwijzing dat de provincie zich niet alleen van de heerlijkheid Aduard, maar, hetzij in 1659, hetzij later, ook van het veer cum annexis had ontdaan. Dat verval vat ik aldus op: Evenals de oude beklemmingen slechts in de rechte en niet in de zijlijn vererfd, zoo ook dit veer; waren er geen erfgenamen in de rechte lijn, dan konden de erfgenamen van den laatsten veerman het stuk dijk en de bediening van 't veer terugkopen voor 250 gl. M. a. w. afkoop van caduciteit. Verder lees ik op p. 17: „De naame van de tegenswoordige oversetter is Tonnis Bartels. 1728 Egbert Clasen en Grietie Hendriks. — Driewes Clasen en Martien Jacobs”. En elders staat: „Eghbert Clasen verstorven synde, is sine wed. wederom getrowt aan Drewes Clasen, heeft voor geschenk gegeven 25”. Octrooy luit als volgt. En dan vindt men in 't Staatboek het octrooi van 13 Maart 1728, waarbij Evert Joost Lewe, heer van Aduard, verklaart aan „Egbert Clasen en zijn huisvrouw Grietie Hendriks tot Garnwert, geaccordeert en geoctroyert” te hebben het „regt van de oversetterie tot Garnwert”. Er wordt bepaald hoeveel zij voor 't overzetten van mensch, paard, koe, schaap mochten eischen; „zullen hiervan geeximeert en bevriet wesen het huis van Aduard met alle die daartoe eenige relatie hebben, het gerigte van Aduard met hare dienaren, voor hare personen, de predikant, schoolmeester en schatbeurder, voor hare personen, de elf huisgezeten van Klein Garnwert ¹⁾ met hare domestiquen en arbeiders, so lange als die actueel in hare dienste sijn en niet langer, voor hare personen, en met dese expresse conditie, dat sij bij dage, dat is naar sonnenopgangh en voor sonnenondergangh, sullen moeten overvaren of anderzints daervoor betalen neffens andere so hyr-

¹⁾ „Elf huisgeseten”. Dit klopt niet met den toestand van nu en m. i. ook niet met dien van vroeger, toen er 7 boerderijen waren. Intusschen behalve boerderijen kunnen er keuterijen geweest zijn, gelijk er nu nog zijn en ook kwam 't voor dat meer dan een gezin samenwoonde.

voren staat uitgedrukt". Op p. 231/232 van het Staatboek teekent de heer Lewe aan, dat de redger van Aduard, door hem aangesteld (de z.g. geconstitueerde richter m. a. w.) $\frac{1}{3}$ trok van de opbrengsten; klaarblijkelijk ook van het veer, want ook op deze bladzijden worden de inkomsten van 't veer vermeld. Nieuw bewijs dat het veer behoorde bij de heerlijkheid Aduard.

Blijkens de gedrukte koopvoorwaarden werd in 1815 onder de goederen van den toenmaligen Lewe van Aduard o. a. verkocht „het recht van octrooi of recognitiepenningen van de overzetterij van Garnwert c.a." Wij zien hier het bekend verschijnsel, dat de eigenaar, wiens rechtsvoorganger in erfpacht uitgeeft ten slotte zich recognitie- of renteheffer en dat de erfpachter zich eigenaar gaat voelen. Lewe, wiens rechtsvoorganger het veer van de provincie kocht, stelde niet telkens na den dood van den veerman een anderen aan, maar liet dit recht vererven van den eenen veerman op den ander, ja de veerman had zelfs het recht de bediening over te dragen aan een ander, alles onder betaling van geschenken. Koopster werd in 1815 de bedienaresse van het veer en hiermee was de splitsing tusschen het recht van veer en de erfpacht er van vervallen en zoo is het volledig veerrecht geëvolueerd, nu eens krachtens vererving en dan krachtens koop en levering, tot op den tegenwoordigen.

Thans de beantwoording der gestelde vragen. Ik merk eerst nog op, dat uit het relaas der feiten, hierboven gegeven, blijkt, dat dit veer was een regaal, dat de Overheid, aan wie het toekwam, veren op stroomen aan te leggen, dit veer heeft aangelegd en dat het klaarblijkelijk krachtens koop en levering is overgegaan op den heer van Aduard.

De eerste vraag moet m. i. aldus worden beantwoord: Al bezitten wij niet de aanstelling van den eersten veerman, noch de acte van overdracht van het veerrecht op den heer van Aduard, wij kunnen voor zeker aannemen, dat het niet de bedoeling der Staten is geweest, dat de boeren van Klein Garnwerd op zekeren dag zouden kunnen hooren: slechts de veerman van hem, die eigenaar van het veer was in 1631 was verplicht u gratis over te zetten; ik, veerman van den nieuwen veereigenaar, doe er niet aan, want deze is opvolger onder bijzonderen titel van den vroegeren veereigenaar en neemt diens persoonlijke verbintenissen niet over.

De tweede vraag is als volgt te beantwoorden: Het aantal zakelijke rechten was onbeperkt. Verplichtingen als hier bedoeld konden geconstrueerd worden als persoonlijke, zoodat ze den rechtsopvolger onder bijzonderen titel niet bonden; ze konden ook als zakelijke worden gevestigd, in 't eerste geval was slechts de persoon, die zich verbond, en zijn rechtsopvolgers onder algemeenen titel, verbonden, in het tweede geval was de zaak „geaffecteerd” en ging de last dus op elken nieuwen eigenaar van de zaak over, ook op den rechtsopvolger onder bijzonderen titel.

De derde vraag: Wat was het object, de zaak, die met den last was „geaffecteerd”, het veerhuis, het land dat de bedienaar van het veer in gebruik kreeg of het veer zelf? Waarschijnlijk het veer zelf, ofschoon het er niet veel toe doet, omdat alle 3 in handen van den veereigenaar zijn gebleven en nu nog zijn. Uit het octrooi, waarbij Lewe de bediening van 't veer uitgeeft, zou ik durven afleiden, dat het veer zelf er mee „geaffecteerd” was.

Ter toelichting van het op vraag 2 en 3 geantwoorde, kan ik verwijzen naar Meyer's opstel: *Een nieuwe studie omtrent art. 1354*¹⁾ en de door hem geciteerde auteurs. Ik zal er aan toevoegen eenige jurisprudentie van de Hoofdmannenkamer van Stad en Lande uit de 18^e eeuw, waaruit blijkt, hoe men toen over den overgang van dergelijke bedingen, als van het veer te Garnwerd, dacht. En ik vestig er wel de aandacht op, dat deze 18^e eeuwse jurisprudentie meer dan één geval behandelt van zakelijke verplichtingen, gevestigd in de 17^e eeuw, ongeveer in den tijd toen het beding van vrij overzetten met het Garnwerderveer tot stand kwam. Overtollig is het op te merken dat wij voor dit in 1631 gevestigd recht niet te maken hebben met onze hedendaagsche jurisprudentie over art. 1354.

Nog breng ik in herinnering dat dus de eerste veereigenaar was de provincie zelf; deze „affecteerde” haar veer met den last, om de bewoners van den Garnwerderhoek, voor het meerendeel, zoo niet uitsluitend, provinciemeiers, kosteloos over te zetten; de veerman, die het veerhuis te bewonen en een stuk land te bebouwen kreeg van de provincie, moest voor de nakoming van deze verplichting van vrij overzetten zorgen. Die veerman en

¹⁾ W. P. N. R., 1920, n^{os}. 2629, 2630, 2631.

provinciemeier was eigenaar van dat veerhuis en het land der provincie was onder dat huis beklemd, en met die beklemming ging het recht van veerman te zijn reeds van den beginne af aan over krachtens vererving, en zelfs krachtens verkoop en levering; niettemin hij *bediende* slechts het veer; het *veerrecht* zelf bleef bij de provincie, totdat deze het overdroeg aan den heer van Aduard. En dat ook de heer van Aduard het veer met den zakelijken last, die er op rustte, overnam, spreekt van zelf. De provincie had dit zakelijk recht afgestaan aan de bewoners van den Garnwerderhoek en kon dus niet eenzijdig er een eind aan maken. Bovendien eigenbelang dreef de provincie haar meiers niet in den steek te laten. Evert Joost Lewe van Aduard, blijkens het geciteerd octrooi, gedroeg er zich naar; wij weten dat ook zijn meer nederige rechtsopvolgers, die het veerrecht niet door een anderen veerman lieten bedienen, maar zelf veereigenaar en veerman tegelijk waren, zich tot in 1914 er ook naar gedragen hebben.

Thans zal ik de door de Hoofdmannenkamer besliste gevallen kort weergeven. Mevrouw Lewe van Middelstum sprak aan bij 2 acties 2 pelmolenaars, om redenen te geven waarom zij weigerden gratis voor haar te malen; de heer van het huis Middelstum had, toen het den molenaar vergunde een molen op een stuk land van 't huis Middelstum te zetten, bedongen een huur van *f* 10 's jaars + vrij malen. De acties worden 17 Dec. 1757 en 3 Febr. 1758 toegewezen. De veroordeelde gedaagden waren rechtsopvolgers onder bijzonderen titel van de molenaars, die oorspronkelijk zich tot vrij malen verbonden.

De heer Lintelo van Stedum dagvaardde den procureur van Loenen, om redenen te geven, waarom hij „bij publiek advertisement” had laten bekend maken dat er $\frac{1}{4}$ deel in een snikbeurt (= beurtveer van snikken of trekschuiten) zou worden verkocht, zulks zonder 't consent daarop gevraagd te hebben van hem, Lintelo. Honderd jaar geleden had een voorvader van zijn vrouw een snik present gedaan aan de snikkevaarders en bedongen dat bij verkoop van beurten in dit veer telkens consent van den schenker en zijn rechtsopvolgers moest gevraagd worden en aan hen zeker contingent als geschenk worden betaald. Het verweer van gedaagde was: ik heb nog slechts een advertentie geplaatst, daardoor heb ik u niet gestoord in uw bezit; 't consent behoeft

pas gevraagd en 't geschenk betaald, als er verkocht is. M. i. was dit verweer volkomen gegrond; de Hoofdmannenkamer gelastte 17 Juni 1755 een schikkingscomparitie. Dat hier het recht om den snik te bedienen geaffecteerd was met dezen last wordt eigenlijk niet tegengesproken; zoodat dus de rechtsopvolgers van de schippers, ook die onder bijzonderen titel, gebonden zijn aan de afspraak destijds gemaakt. M. i. is bij dit snikveer dezelfde constructie als bij het Garnwerder overzetveer te maken; het recht van veer behoorde aan den heer van Stedum, de bediening van 't veer was in onopzegbare erfpacht uitgegeven, tegen betaling van geschenken als in 't beklemrecht, en deze erfpacht der snikbeurten was „geaffecteerd” met den last.

Jonker Lucas Clant van Aykama had een trekdiep aangelegd en een veer geopend van Grijpskerk op Groningen en den schippers een schuit present gedaan en vrij overvaren bedongen van personen en goederen van en voor 't huis Aykama. De burcht Aykama wordt door de crediteuren van Clant verkocht; kooper werd Willem baron van Inn en Kniphausen; de vraag liep hierover, of met de burcht, ook zonder expres beding, dit snikveer en het recht om van de bedienaren geschenken te heffen was overgegaan; de baron I. en K. beweerde van ja, de curatoren in den boedel Clant zeiden: neen. Het geding zelf, waarin 19 Jan. 1760 sententie werd gewezen, liep dus over een ander geval, maar er komt in de beweringen, aan de zijde van den baron I. en K. gevoerd een merkwaardige passus voor, aldus luidende: het betreft hier een vrijdom, verbonden aan het huis Aykema, niet gegeven aan Lucas Clant en erfgenamen, maar bovendien aan „alle degene soo naemaels eygenaeren van gemelte huys mogten zijn”; het is een „jus reale”; ook is deze conventie anderzijds aangegaan door „alle personen, onderling een universiteit uitmakende”, optredende voor zich en hun successoren, dus geen verbintenis van afzonderlijke personen, maar van die geheele universiteit, dewelke nimmer sterft, maar altoos door de opvolgers wordt aangevult, in welk geval de last gerekend word veel meer op de „huysen of andere goederen van de universiteit” dan „op de personen selfs gelegd te zijn, en de actie ten enemaal in rem is, als competeerende tegens alle personen sonder onderscheid, die uithoofde van de eygendom en bezit der gemelde goederen, leeden van die universiteit zijn”. (Hier

wordt dus wèl het recht als zakelijk geconstrueerd, doch geldend niet tegenover natuurlijke personen en hun rechtsopvolgers, maar tegen een rechtspersoon, die niet sterft). Bij de verzegeling van 11 Mei 1674 hadden de schippers zich verbonden: „sigh selfs, hunne erfgenamen en successoren in officio, wie die ook mogen wesen”, om gratis voor het huis Aykama de schuitdiensten te verrichten.

Nu terug naar 't geval-Garnwerd; jonker Lewe erkende dat op het veer den last drukte; hij beval zijn veerman de Klein Garnwerders kosteloos over te varen; hij deed dit, ofschoon hij was rechtsopvolger onder bijzonderen titel. Voeg hierbij dat dergelijk beding als zakelijk beding rechtsgeldig kon gevestigd en dat door het niet als zakelijk beding te vestigen, het doelwit der constituenten niet zou worden bereikt; bedenk er bij dat ook verscheiden rechtsopvolgers onder bijzonderen titel na Lewe zich aan de bepaling hebben gehouden, en men moet m. i. tot de conclusie komen dat hier inderdaad *het veer* was belast met de plicht, om gratis over te zetten, en dat voor het bewijs hiervan niet meer noodig is den niet te berde gebrachten constitutieven titel over te leggen.

Eindelijk kom ik tot de beantwoording van de 4^e en de 5^e vraag. Bekend is, dat den 21^{en} October 1811 een keizerlijk decreet verscheen ¹⁾, waarin werd bepaald in art. 11: „Il n'est rien innové à la propriété des bacs, ponts-volants, et passages d'eau de toutes espèces dans les départements de la Hollande. Tous les propriétaires justifieront de leur propriété auprès du conseiller d'état, directeur des ponts-et-chaussées, avant le 1 janvier 1813, qui nous en fera son rapport”. In art. 12 werd bepaald dat de eigenaren der overzetveren hun titels en tarieven moesten inzenden vóór 1 Dec. 1812 bij den prefect, en dat de tarieven na publicatie moesten worden aangeplakt aan het veer. Waren nu de veerrechten, die niet werden aangegeven vóór den fatalen termijn, dood en te niet? Jurisprudentie vond ik er niet over, maar artt. 7—10 van het decreet bevatten een regeling ten aanzien van de tolheffing vrijwel overeenkomende met die nopens de veren gegeven in artt. 11 en 12, en de Hooge Raad heeft artt. 7—10

¹⁾ Fortuijn, III, 374.

aldus uitgelegd, dat aangifte vóór den fatalen termijn *conditio sine qua non* voor het voortbestaan was en dat hij, die krachtens recht van tol een eisch instelt, op straffe van niet-ontvankelijkheid in de dagvaarding melding moet maken van deze erkenning. Laten wij dus aannemen dat de Hoge Raad voor de overzetveren even zoo zal beslissen als hij voor de tolleren deed, dan zou niet-aangifte vóór 1 Januari 1813 van dit veer van Garnwerd het monopolistisch karakter ervan te niet hebben doen gaan, en van een veerrechtigde niet meer sprake kunnen zijn en daarmee zou dan ook zijn vervallen de plicht om kosteloos over te zetten, die op het veer drukt. Alleen als men duidelijk zou kunnen maken dat de last niet op het veer maar op het veerhuis, of op het land, dat er bij behoort, drukt, zou in 't gestelde geval van tenietgaan van het monopolistisch veer, de kosteloze overzetting nog gevorderd kunnen worden. Drukte de last echter op 't veer zelf, dan zou het onredelijk zijn de kosteloze overzetting te blijven vorderen, want deze last drukte op 't veer, omdat het was een regaal, een monopolie. Het recht van veer te Garnwerd was van ouds slechts een bootveer. Er was geen pont. Was het veer nu slechts monopolie voorzoover er een bootje werd gebruikt? M. i. neen. Het was een gunst voor den veereigenaar dat hij slechts een bootje beschikbaar hoefde te houden en niet met een pont kosteloos moest overzetten. In 1767 erkenden de Klein Garnwerders dat zij slechts konden eischen vrije overtocht per bootje¹⁾. De veereigenaar of diens veerman behoefde zich geen pont aan te schaffen, maar daarmee was niet voor een ander het recht geschapen, om een pont in de vaart te brengen te Garnwerd. Zoolang de provincie veereigenaar was — en ze bleef het totdat ze het veerrecht verkocht aan den heer van Aduard — bleef het regaal van veer in vollen omvang bij de provincie. Den preciesen omvang van wat zij aan Aduard verkocht weten wij niet, omdat wij de desbetreffende titels missen, maar gesteld dat de provincie niet uitdrukkelijk het recht van pontveer uitbedong, dan is het veerrecht in vollen omvang overgegaan op den heer van Aduard en van dezen op de latere veereigenaren. Want wie een monopolistisch veer heeft, behoeft niet te dulden dat een ander ter

¹⁾ *Reg. Feith* van 't Archief te Gron., H. S. in fol. n^o. 239.

zelfder plaatse met een ander en beter vaartuig zijn veer in den grond boort. Hoe dit ook zij, zeker is dat tot in 1888 enkel met een bootje is overgezet te Garnwerd. Mensch, schaap, geit en kleinere dieren werden in de boot overgezet, paarden en koeien zwommen achter de boot, vastgehouden aan een lijn. In dezen toestand kwam verandering in 1888. Te Wierum, zuidelijker aan het Reitdiep, verving een vaste brug het pontveer. De gemeente Ezinge nam dezen pont van de provincie over ten dienste van een pontveer te Garnwerd en gaf dit vaartuig in bruikleen aan Hamming, den kastelein, veereigenaar en veerman te Garnwerd. Ten overstaan van notaris van Swinderen te Ezinge werd 2 Juni 1888 een acte opgemaakt, waarbij Hamming den pont in bruikleen kreeg; opzegging was om andere reden dan wangedrag niet mogelijk; de bruikleener nam op zich het onderhoud. Tot nakoming van zijn verplichtingen verleende hij een crediethypotheek ad f 1500 op zijn herberg, schuren, stal, erf en tuin te Garnwerd, en op het huisperceel werd gevestigd een „altijddurende erfdienstbaarheid van de bediening van dat veer, het onderhoud en desnoods vernieuwen van den pont”. Het woord erfdienstbaarheid is wonderlijk, wijl een heerschend erf ontbreekt. In elk geval is er een zakelijk beding bedoeld, waarvan intusschen de tegenwoordige eigenaar van het veerhuis c. a., zich niets behoeft aan te trekken volgens de tegenwoordige jurisprudentie over art. 1354, omdat hij, hoewel ook lid van de familie Hamming, waartoe de contractant van 1888 behoorde, diens rechtsopvolger onder bijzonderen titel is. Merkwaardig bij dit en bij andere contracten, tusschen de gemeente Ezinge en Hamming in 1886—1888 gesloten over dit pontveer, is, dat Hamming geen oogenblik zich op het standpunt heeft gesteld: ik ben de man van het veerrecht, gij kunt zonder mij niets. Ook werd bij Koninklijk besluit van 9 Aug. 1887, n°. 12, concessie verleend tot het heffen van rechten aan het veer over het Reitdiep te Garnwerd, aan de gemeente Ezinge ¹⁾. Hamming heeft dit alles goed gevonden, waarschijnlijk

¹⁾ Over den rechtstoestand der veren na 1813 zie men bl. 25 e.v. van de Ontwerpen van wet van 1 Januari 1906 tot 1 Maart 1921, ingediend door de Staatscommissie, ingesteld bij K. B. van 21 April 1892, n°. 4 (de Waterstaatscommissie) en verder de Verenwet van 5 Juli 1921, S. 838. Ook deze wet

omdat hij er zijn voordeel in zag een pont in bruikleen te krijgen en zeker te zijn niet te kunnen worden opgezegd als veerman en omdat de gemeente het leeuwenandeel op zich nam in de kosten van de terreinveranderingen aan beide oevers, door het in werking brengen van den pont noodig geworden ¹⁾. De bewoners van Klein Garnwerd maken, nu zij niet meer kosteloos worden overgezet, geen gebruik van Hamming's monopolistisch bootveer, doch hebben nu zelf een boot. Of een ander van hen dan Bruins, die in het proces met Hamming de verliezende partij was in 1917, opnieuw den strijd tegen dezen zal aanbinden, weet ik niet. Is de erkenning in den Franschen tijd van het in 1631 gevestigde en op Hamming gedevolveerde veer *niet* een *conditio sine qua non* voor het wettig voortbestaan er van, of is het in den Franschen tijd wèl erkend, dan is het veer, thans door Hamming gedreven, nog altijd het oude regaal, en drukt daarop nog steeds de last, om de Klein Garnwerders en andere geprivilegieerden als van ouds kosteloos over te zetten. Dan, maar ook alleen dan, heeft Hamming een monopolie en behoeft hij niet te dulden, dat anderen een veer exploiteeren onder Garnwerd, hetzij met boot of pont of welk vaartuig ook.

Intusschen zou met het oog op de hierboven besproken jurisprudentie nopens de tolheffingen het opnieuw instellen van een vordering betreffende het recht om kosteloos te Garnwerd overgezet te worden alleen dan verantwoord zijn, als bewezen kon worden de aangifte in den Franschen tijd van dit veer als een exclusief veer. En, gelijk gezegd, alleen als het veer monopolistisch is gebleven, is m. i. de last er op blijven drukken. Op een tot het Algemeen Rijksarchief te 's-Gravenhage gerichte vraag, verstrekte mr. C. C. D. Ebell, archivaris van de 2^e afdeeling aan dat archief, mij de volgende inlichtingen: Bij het archief van den Directeur des Ponts et Chaussées en Hollande bevindt zich een verzameling eigendomsbewijzen van veren. Daaronder bevindt zich

onderscheidt de monopolistische veren (veerrechten) en de niet-monopolistische veren. De oude, bij de in werking treding der wet, bestaande monopolistische veren, zijn gehandhaafd; nieuwe van dien aard mogen niet worden ingesteld.

¹⁾ De onderhandelingen tusschen de gemeente Ezinge en Hamming heb ik nagegaan in de raadsnotulen van Ezinge van 8 Nov. 1886; 6 Jan., 25 Febr., 28 Sept., 11 Nov. 1887; 25 Jan., 1 Febr., 2 Juni, 8 Aug., 11 Sept. 1888.

een getuigeverklaring, afgelegd ten overstaan van den griffier bij 't vredesgerecht van Zuidhorn, voorloopig belast met de functies van keizerlijk notaris, d.d. 9 Maart 1812, waarbij wordt verklaard, dat Luytjen Claassen en na zijn dood zijn vrouw Wefke Homan hebben gehad „le droit de bac à travers le canal, dit Reitdiep, près le moulin de Garnwerd”. Daarbij bevindt zich ook een „tarif du droit de passage, qui se perçoit en traversant le canal, dit Reitdiep, avec le bac, établi à Garnwerd, commune d'Ezinghe”, voor uittreksel geteekend door den secretaris van het departement van de Wester Eems. De heer Ebell schrijft verder: „Zooals ons is gebleken bij onderzoekingen naar veren in het Departement van de Monden van de Maas, schijnen de prefecten der verschillende departementen van het ci-devant Hollande voorloopig de tarieven te hebben vastgesteld, onder voorbehoud van nadere goedkeuring door den Directeur-général des ponts et chaussées te Parijs. Het bewuste decreet van 1811 schijnt echter nooit volledig te zijn uitgevoerd. Het komt mij voor dat deze gegevens aantonen, dat er tijdig aangifte is gedaan van dit veer; en dat het een monopolistisch veer was, weten wij. Een uitdrukkelijke erkenning daarvan door de Overheid van 1811 hebben wij niet van noode. Naar de woorden van het decreet was aangifte voldoende.

NASCHRIFT.

In de Bijdr. en Meded. van het Hist. Gen., 1902, dl. XXIII, gaf Brugmans de Kroniek van het Klooster Aduard. In de bijlagen, die hij er bijvoegde, vindt men sub VII de rekening van 1595 van de goederen van dat klooster (toen door de Provincie verbeurd verklaard) en daar in o. a. 19 meiers + d'olde pastoor van Garnwerd, met tezamen ± 1150 grazen aldaar (natuurlijk aan weerszijden van het tegenwoordige Reitdiep).

UNE SECONDE TENTATIVE DE CODIFICATION SOUS LOUIS XV

PAR

J. VAN KAN (LEIDEN).

La tentative entreprise par d'Aguesseau fut certainement le grand effort du siècle de Louis XV en matière de codification du droit civil. Mais ce ne fut point le seul.

Après la mort du chancelier, en 1750, alors que, en fait de résultat de l'immense labeur de sa vie, quelques titres seulement du code civil avaient passé à l'état d'ordonnances, la grande œuvre fut reprise, par deux magistrats, conseillers au parlement de Paris, de Lavardy et Langlois. Ils rédigèrent en 1759 une série de six mémoires sur l'unification du droit civil, auxquels ils joignirent un projet de lettres patentes „pour établir”, selon les idées exposées par eux, „une commission de la conférence des coutumes et de la rédaction d'un coutumier général authentique”. Ces documents n'ont jamais été imprimés et, pour cette raison, ils sont restés ignorés. On les trouve réunis dans une liasse à la Bibl. Nat., fonds Moreau 1087, p. 115 e. s.

Les deux magistrats constatent avec douleur „la diversité innombrable des coutumes” ¹⁾, „le nombre infini des coutumes” ²⁾, la „multitude et variété infinie des formalités sous le joug desquelles nos sujets gémissent” ³⁾, d'où il résulte un „cahos immense” ⁴⁾, „cahos

¹⁾ *1^{er} Mémoire*, p. 117 de la liasse; p. 124: „l'immensité du nombre des coutumes”.

²⁾ *4^e Mémoire*, p. 168.

³⁾ *Projet de lettres patentes*, p. 216—217.

⁴⁾ *2^d Mémoire*, p. 143 et *4^e Mémoire*, p. 168.

de loix concordantes et contradictoires et dissemblantes" ¹⁾. C'est aux inconvénients de ce défaut d'uniformité qu'ils se proposent de remédier par „l'uniformité (et la simplicité ²⁾ des loix dans le pais coutumier" ³⁾. Mais ils déconseillent d'entreprendre d'un coup l'unification totale et intégrale. „La loi uniforme proprement dite serait sans doute à désirer" ⁴⁾, mais cette façon radicale d'aborder la réforme causerait „un trop prompt renversement dans les familles Il s'est produit dans chaque contrée un ordre d'usages et de mœurs qui est devenu précieux aux hommes par le laps de tems" ⁵⁾. Aussi faut-il „opérer autant qu'il est possible sans blesser les droits de personne l'uniformité dont le droit coutumier est susceptible" ⁶⁾.

C'est dans cette réserve, dans cette préoccupation d'une uniformité mitigée que réside d'après les deux magistrats toute la force de leur projet. Aussi ne se lassent-ils pas de revenir sur ce point ⁷⁾. On ne se propose point de faire „une seule loi générale uniforme sans exception ni modification pour tout le royaume" ⁸⁾, mais „une loi générale et des exceptions" ⁹⁾, „exceptions particulières et locales" ¹⁰⁾, „mais constantes et authentiques" ¹¹⁾, d'ailleurs aussi peu nombreuses qu'une politique sage le permettra ¹²⁾. On affligerait les régions par l'excès d'uniformité, excès auquel d'ailleurs „la constitution française s'oppose invinciblement" ¹³⁾, par

¹⁾ 3^e Mémoire, p. 157.

²⁾ *Projet de lettres patentes*, p. 216.

³⁾ 2^d Mémoire, p. 138.

⁴⁾ 3^e Mémoire, p. 157; 1^r Mémoire, p. 119: „le plan de réunir toutes les coutumes pour n'en faire qu'une seule loi générale et uniforme".

⁵⁾ 1^r Mémoire, p. 117.

⁶⁾ 2^d Mémoire, p. 139.

⁷⁾ 4^e Mémoire, p. 170-171: „ramener autant qu'il est possible les mœurs françoises à l'uniformité"; *Projet de lettres patentes*, p. 215: „parvenir à rendre les coutumes uniformes autant qu'elles en sont susceptibles et à les renfermer dans une seule et même loy"; p. 216: „il ne nous paroist par convenable pour le bonheur de nos sujets de faire disparaître absolument toutes dissemblances".

⁸⁾ 2^d Mémoire, p. 138.

⁹⁾ 2^d Mémoire, p. 141-142.

¹⁰⁾ *Projet de lettres patentes*, p. 217.

¹¹⁾ 2^d Mémoire, p. 142.

¹²⁾ 4^e Mémoire, p. 172: „ne laisser subsister dans les provinces que les seules différences qui peuvent être avantageuses".

¹³⁾ 3^e Mémoire, p. 157.

contre, l'uniformité restreinte dans la mesure de ce qui est immédiatement possible se présente comme le vœu général de la population: „depuis longtemps (les peuples) soupirent après une loi qui approche l'uniformité autant que l'état des choses peut le permettre”¹⁾. La pensée secrète et lointaine des deux magistrats est bien de „conduire peu à peu à ce système général”²⁾. Mais ils procèdent avec prudence et par étapes, sans brusquer les choses. Dès lors la difficulté de l'œuvre ne les effraie plus³⁾, tandis qu'ils la tiennent pour insurmontable du moment que l'on vise à l'uniformité intégrale⁴⁾.

Le projet tel qu'il est conçu par les deux conseillers du parlement de Paris procède d'une double pensée. La première tâche qui s'impose consiste à „réunir tout le droit coutumier de la France dans un corps d'ouvrage”⁵⁾. Ensuite on rédigerait „une conférence exacte des conformités et des diversités de toutes les coutumes du royaume”⁶⁾, „afin d'en connaître les ressemblances et les dissemblances, les conformités et les diversités”⁷⁾. Il faudrait alors „réduire en maximes claires et précises toute cette conférence des différentes dispositions des coutumes de manière que ces maximes présenteraient d'un coup d'œil les différences qui se rencontrent entre'elles”⁸⁾. Tout cela se rapporte aux trois phases de l'œuvre préparatoire qui précède l'œuvre législative. En procédant de la sorte, on obtiendrait „le canevas du plus bel

¹⁾ 4^e *Mémoire*, p. 168.

²⁾ 1^r *Mémoire*, p. 117.

³⁾ 2^d *Mémoire*, p. 143: „rien de plus facile”.

⁴⁾ 2^d *Mémoire*, p. 137.

⁵⁾ 1^r *Mémoire*, p. 125; 2^d *Mémoire*, p. 137: „la rédaction d'un coutumier général authentique”; 3^e *Mémoire*, p. 161: „un coutumier général authentique”; 4^e *Mémoire*: „réunir dans un seul corps d'ouvrage toutes les coutumes du royaume”.

⁶⁾ 1^r *Mémoire*, p. 124; 2^d *Mémoire*, p. 137: „une conférence exacte des coutumes”; 3^e *Mémoire*, p. 157 et 161: „une conférence exacte”; 4^e *Mémoire*, p. 170: „conférer ensemble toutes leurs différentes dispositions”; *Projet de lettres patentes*, p. 216: „...que sur chaque matière tous contexts fussent conférés les uns avec les autres”.

⁷⁾ *Projet de lettres patentes*, p. 216.

⁸⁾ 4^e *Mémoire*, p. 170; *Projet de lettres patentes*, p. 216: „..... qu'à la suite de cette conférence toutes les dispositions coutumières de notre royaume fussent réduites en un corps de maximes méthodiques et combinées”.

ouvrage de législation en ce genre qui puisse jamais être entrepris" ¹⁾. Cette œuvre accomplie, il s'agira „moins de faire une loi uniforme que de la tirer avec ses exceptions du cahos immense dans lequel elle est perdue" ²⁾. Car il sera, dès lors, facile de passer à la rédaction des projets de loi, en divisant en trois masses les dispositions coutumières :

„Toutes les dispositions qui seront trouvées *unanimes* . . . formeront un article de loi générale du royaume pour le pais coutumier.

„Par rapport aux dispositions *approximatives* . . . on choisira pour loi générale celle qui sera le plus universellement adoptée et on abolira toutes les différences légères, en ayant attention de laisser subsister par une disposition expresse, en forme d'exception, celles qui peuvent être précieuses ou importantes pour chaque pais en particulier.

„A l'égard des dispositions *totalement opposées*, on les reprendra dans le projet de loi pour les laisser subsister lorsqu'elles seront importantes . . ., mais pour tout ce qui n'est que formalité ou objet peu important on choisira un seul et unique moyen pour le rendre égal et uniforme dans tout le pais coutumier" ³⁾.

Voilà, dans ses grandes lignes, le projet des deux magistrats. Nous ignorons à quel point il a retenu l'attention de Louis XV ou plutôt de ses conseillers. Toujours est-il certain que le travail n'a jamais été entrepris et que le projet de lettres patentes qui devaient en assurer l'exécution n'a jamais eu la signature royale. Le plan est allé rejoindre tant d'autres de ses devanciers dans le repos des archives d'où seul a pu le tirer le hasard d'une heureuse trouvaille. Ce fut la dernière tentative quasi-officielle de codification générale qu'ait entreprise l'Ancien Régime. Elle témoigne, elle aussi, du continuel souci de l'époque.

¹⁾ 3^e *Mémoire*, p. 157.

²⁾ 2^d *Mémoire*, p. 143.

³⁾ 1^r *Mémoire*, p. 129—130; 2^d *Mémoire*, p. 140—141.

CHRONIQUE FRANÇAISE

(DROIT CANONIQUE) ¹⁾.

L'étude de l'ancienne discipline de l'Eglise a pris en France, depuis quelques années, un tel essor, que l'on a justement reconnu, dans cette activité exceptionnelle, les signes d'une renaissance de l'histoire du droit canonique ²⁾.

D'abord, l'enseignement de cette histoire a été rétabli dans l'Université ³⁾. Aux chaires de droit canonique de l'Ecole des Chartes, des Instituts catholiques et de l'Ecole des Hautes Etudes se sont ajoutées plusieurs fondations récentes. En 1919, un Institut de droit canonique était créé à Strasbourg par la Faculté de Théologie catholique, avec le concours de plusieurs professeurs de la Faculté de Droit ⁴⁾, et en octobre 1921, M. Paul Fournier, dont l'œuvre a puissamment préparé le renouveau de l'heure présente,

¹⁾ Nous nous occupons dans cette chronique de tous les travaux concernant l'histoire du droit et des institutions ecclésiastiques jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle. A propos de chaque ouvrage important, nous signalons, en général, deux des comptes-rendus qui en ont été faits dans les Revues françaises.

²⁾ C'est l'expression dont se sert. U. Stütz dans sa *Kanonistische Chronik* de la *Zeitschr. Sav. Stift. f. Rechtsgesch., Kan. Abt.* XII, 1922, p. 549.

³⁾ V. l'article paru dans les *Nouvelles religieuses*, du 1^{er} oct. 1922, p. 437: *l'histoire du droit canonique et l'Université de France*.

⁴⁾ Cet Institut où l'on enseigne l'histoire (approfondie) des sources et des principes, et les règles du *Codex*, est fréquenté par des clercs de diverses nations et quelques laïques. On y prépare les étudiants à la recherche personnelle, à la publication et à l'interprétation méthodique des textes. La durée des études est de deux années au minimum.

inaugurait, à la Faculté de Droit de Paris, un cours d'histoire du droit canonique ¹⁾).

La production scientifique s'est développée avec autant de bonheur que l'enseignement.

Les études d'ensemble sur les institutions et les principes canoniques ont une large place dans les *Dictionnaires des Sciences ecclésiastiques*. Les derniers fascicules du *Dictionnaire de Théologie catholique* ²⁾ contiennent beaucoup d'articles qui se rapportent au droit canonique, dont certains — comme celui relatif à l'*Imposition des mains* — sont de véritables petits traités ³⁾. On en peut dire autant de bien des articles du *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastique* ⁴⁾, du *Dictionnaire d'archéologie chrétienne* ⁵⁾, du *Dictionnaire apologétique de la Foi catholique* ⁶⁾. Souhaitons que l'on puisse ajouter bientôt à cette liste le *Dictionnaire de droit canonique* dont les premiers fascicules sont actuellement en préparation ⁷⁾.

Notre connaissance des sources et de l'histoire externe du droit canonique a été enrichie par la publication d'une triple série de documents et d'études qui ont pour cadres la période préclassique, l'apogée de la centralisation pontificale, la contre-réforme catholique ⁸⁾.

¹⁾ La leçon d'ouverture du cours a été publiée dans la *Revue historique de droit français et étranger*, n^o. de janv.—juin 1922, p. 249—263. Pendant les deux premières années de son enseignement, M. P. Fournier a exposé l'histoire de la théorie générale des personnes, et en partie de celle des biens.

²⁾ Fasc. L à LV.

³⁾ V. encore les articles: *Honnêteté publique, Illégitimité, Immunité ecclésiastique, Impubère, Impuissance, Inceste, Index, Indulgence, Interdit*.

⁴⁾ Fasc. XIII à XVI (*Angleterre—Arabie*). V. par exemple l'article consacré à *Antioche*.

⁵⁾ Fasc. XL à L. V. les articles: *Episcopat, Exemption monastique, Faillis, Famille, Femme, Fêtes chrétiennes*.

⁶⁾ T. III. V. les articles: *Lois ecclésiastiques, Mariage et divorce, Ordination, Ordinations anglicanes, Papauté, Pénitence*.

⁷⁾ Le directeur de cette importante entreprise scientifique est M. l'abbé Villien, professeur à l'Institut catholique de Paris.

⁸⁾ Les limites chronologiques de ces trois séries sont: du X^{ème} au premier

Les collections canoniques du X^e au XII^e siècle ont été analysées dans de nombreux articles qui, tous, à l'exception d'un seul, celui de M. Le Bras sur Alger de Liège ¹⁾, sont de M. Paul Fournier.

Pendant ces dernières années, M. Paul Fournier a relevé, tantôt dans des œuvres importantes, tantôt dans des recueils de médiocre influence, les cheminements et les variations de ces idées réformatrices auxquelles Grégoire VII donna leur plus haute expression.

A partir du X^e siècle, il y eut comme une école germanique dont le premier représentant fut Reginon qui, vers l'an 906 opéra la fusion des textes d'origine romaine et des textes caractéristiques de la réforme carolingienne. On sait comment Burchard de Worms inséra ces six cents fragments dans son *Décret*. Et c'est encore en Allemagne, et probablement dans la région de Bamberg que fut composée, peu après l'an 1020, la *Collection en douze livres*, sorte de *Décret* remanié, complété à l'aide, surtout, de l'*Anselmo dedicata*, et dont l'auteur, sans renoncer à la conception conservatrice du temps de Henri II, à l'espoir d'un amendement de la discipline par l'action combinée des autorités ecclésiastiques et séculières, marque sur plusieurs points — soit en faisant une place aux textes relatifs à l'exemption, soit en insistant sur l'éminence du Siège apostolique — une disposition à renforcer la puissance de la papauté ²⁾.

On pourrait, à cause de ce trait, l'appeler un prégrégorien : car la grande pensée des canonistes du temps de Grégoire VII sera de mettre en évidence la primauté de Rome et de grouper les

tiers du XII^e siècle, première moitié du XIV^e siècle, deuxième moitié du XVI^e siècle.

Il convient ajouter que, sur la discipline des premiers siècles, ont paru des études et des notes d'une certaine importance. Ainsi, v. dans les *Recherches de science religieuse*, A. d'Alès, *Zéphyrin, Calliste ou Agrippinus* (sur l'Edit de Calliste) 1920, p. 254—256; P. Lebreton, *Bulletin d'histoire des Origines chrétiennes* (sur la *Didachè*) 1921, p. 254—258; P. Schepens, *L'épître de singularitate clericorum*, 1922, p. 178—210 et 297—327 (à suivre).

¹⁾ G. Le Bras, *Le Liber de Misericordia et Justicia d'Alger de Liège* (*Nouv. Revue hist. de droit*... t. XLV, 1921, p. 80—119).

²⁾ Paul Fournier, *L'œuvre canonique de Reginon de Prüm* (*Bibl. de l'Ec. des Chartes*, 1920, p. 5—44). — *La Collection canonique dite Collection XII Partium* (*Revue d'hist. eccl.* t. XVII, 1921, p. 31—62 et p. 229—259).

textes où se conserve la tradition de l'Eglise-mère. La *Collection en 74 titres*, le *Capitulaire* du cardinal Atton, les recueils d'Anselme de Lucques et de Deusdedit, œuvres composées au temps de Grégoire VII et sous son inspiration, substituent à la plupart des canons jusqu'alors réunis dans les compilations, des textes anciens, favorables au plan pontifical de la réforme ¹⁾.

Au début du XII^{ème} siècle, l'esprit réformateur survit, dans de nombreuses collections, qui ont pour trait commun de ne plus se borner à transcrire les textes romains. Ainsi, le cardinal Grégoire, composant à Rome, entre 1104 et 1113, le *Polycarpus*, fait de forts emprunts à la fois à Anselme de Lucques et au *Décret* de Burchard. Et, vers le même temps, la *Caesaraugustana* combinait des éléments fournis par des recueils d'inspiration purement romaine, et des fragments tirés des collections chartraines où le désir d'apaisement se manifeste avec tant de finesse et de force ²⁾.

De telle sorte que, peu d'années après la mort de Grégoire VII, on cherchait à réunir les canons groupés par les réformateurs du XI^{ème} siècle, sans comprendre la diversité de leurs inspirations et de leurs tendances. Trois grandes opinions avaient successivement triomphé en ce siècle, dont les noms de Burchard de Worms, d'Anselme de Lucques, d'Yves de Chartres, qui les représentent avec le plus grand éclat, évoquent immédiatement les nuances variées. Réforme en quelque sorte conservatrice et concordataire; restauration rigoureuse de la discipline par les soins de la papauté; opportunisme sage et conciliant, dans la correction des abus: telles sont les formules que, tour à tour, présentent les canonistes allemands, les auxiliaires de Grégoire VII, et ceux qui servent la politique accommodante d'Urbain II. Puiser indifféremment dans

¹⁾ *Les Collections romaines de l'époque de Grégoire VII* (*Mém. de l'Acad. des Inscriptions et Belles-Lettres*, t. XLI, 1918, p. 271—396) — c. r. dans *Revue d'hist. de l'Eglise de France*, 1922, p. 41 — 48 (Boudinhon). V. aussi Villien, *A propos d'histoire des collections canoniques* (*Canoniste contemporain*, 1920, p. 24—34). — Sur le pontificat de Grégoire VII, cf. A. Fliche, *St. Grégoire VII*, Paris, 1920; c. r. dans la *Revue historique*, 1921, p. 75—77 (E. Jordan).

²⁾ *La collection canonique dite Caesaraugustana* (*Nouv. Revue hist. de droit*... t. XLV, 1921, p. 53—80). *Les deux recensions de la Collection canonique romaine dite le Polycarpus* (*Mél. d'archéol. et d'hist. publ. par l'Ec. fr. de Rome*, t. XXXVII, 1918 — 19, p. 55 — 101).

les trois masses de textes constituées par ces trois groupes successifs de réformateurs, comme firent les canonistes au début du XII^{ème} siècle, c'était rendre évidentes d'intolérables discordances et la nécessité d'un effort dialectique pour aboutir à la synthèse harmonieuse du droit.

Cette synthèse, M. Paul Fournier n'en a voulu montrer que la préparation ou les prodromes. Puis, sans s'arrêter aux détails de la codification, il étudie l'achèvement de l'unité, dans l'œuvre des canonistes du XIV^{ème} siècle qui la couronnent, par la conciliation logique des canons et des décrétales que les recueils officiels n'ont pu que grouper méthodiquement¹⁾.

C'est en ce même siècle dont nous connaissons si bien, désormais, les docteurs et leurs gloses, qu'ont été rédigées les Lettres pontificales publiées récemment par la Bibliothèque de l'Ecole française de Rome. Elles sont tirées des Registres de Boniface VIII, Jean XXII, Benoît XII²⁾. Et la correspondance de ces deux derniers papes a inspiré aux éditeurs deux importants ouvrages³⁾.

L'époque du Grand Schisme, où la méthode des post-glossateurs dessèche tout commentaire et où les sources canoniques sont taries, ne fournit point de matière aux historiens du droit canonique. Mais la Réforme catholique accomplie au XVI^{ème} siècle et les difficultés dont elle fut l'occasion entre Rome et les puis-

¹⁾ Les Notices consacrées par M. P. Fournier à Jesselin de Cassagnes et Guillaume de Montlauzun (*Hist. litt. de la France*, t. XXXV, Paris, 1921) ont été analysées par M. Meynial dans le précédent numéro de cette *Revue*, ainsi que la biographie de Guillaume Durant le Jeune, de P. Viollet.

Des *Notes complémentaires pour l'histoire des canonistes au XIV^{ème} siècle* ont été publiées dans la *Nouv. Rev. hist. de droit*... 1919, p. 637—644, et 1920, p. 230 - 242 et 516—523.

²⁾ *Registres de Boniface VIII*, publiés par Digard, Faucon, Thomas, fasc. 13 (n^o. 5094, 30 janv. 1303 - n^o. 5408, 19 mars 1303). *Lettres, communes de Jean XXII*, publiées par G. Mollat, fasc. 17 et 18 (n^o. 40 231 du 26 janv. 1328 — n^o. 44 527, du 25 février 1329). *Lettres closes et patentes de Benoît XII*, publiées par M. Vidal, fasc. 2 et 3 (n^o. 1097, du 1^{er} oct. 1336 — n^o. 2637, du 7 janv. 1340).

³⁾ Nous résumerons plus loin l'ouvrage de M. Mollat. M. Daumet a fait imprimer l'*Index des Lettres closes, patentes et curiales de Benoît XII se rapportant à la France* et une *Introduction* pleine d'observations intéressantes, notamment sur les réformes dans l'Eglise et la Liberté du St. Siège.

sances séculières ont retenu l'attention de nombreux savants.

C'est plutôt à l'histoire diplomatique et à l'histoire externe du concile de Pise—Milan (qui eut, d'ailleurs, une activité si brève et si peu spirituelle) que se rapportent les documents florentins publiés par M. Renaudet ¹⁾.

De même, le *Journal de l'Assemblée de Poissy*, qu'édite M. Roserot de Melin, nous renseigne spécialement sur les rapports extérieurs entre Rome et l'Eglise de France ²⁾.

L'ouvrage de M. Constant sur la *Légation du Cardinal Morone*.... nous introduit au centre même des débats sur la Réforme ³⁾. Pour l'histoire des derniers mois du Concile de Trente, il est d'une importance capitale.

Comment furent accueillis en France les décrets du concile de Trente, quels obstacles furent opposés à leur réception officielle? Telle est la question posée et résolue — avec un rare bonheur — à l'aide de documents inédits, tirés des Archives du Vatican, par M. l'abbé V. Martin, doyen de la Faculté de Théologie Catholique de Strasbourg ⁴⁾.

La Cour de France avait eu pour le concile des sentiments

¹⁾ *Le concile gallican de Pise-Milan, Documents florentins (1510—1512)*, publiés par A. Renaudet, Paris, 1922. Nous analysons cette collection dans un compte-rendu destiné au prochain numéro des *Etudes italiennes*.

²⁾ J. Roserot de Melin, *Etudes sur les relations du St Siège et de l'Eglise de France dans la seconde moitié du XVI^{ème} Siècle. I Rome et Poissy (1560—61). Mélanges archéol. et hist. de l'Ec. fr. de Rome, XXXIX^{ème} année (1921—22)*, p. 47—151.

³⁾ G. Constant, *La légation du Cardinal Morone près l'Empereur et le concile de Trente (avril-décembre 1563). Bibl. Ec. des H^{tes} Et. Vol. 233*. Paris, 1922, LXV—607 p. C.r. dans *Rev. d'hist. eccl.* avril 1923, p. 223—226. Nous donnerons dans cette Revue un compte-rendu Sommaire de cet ouvrage dont nous n'avons pu lire la dernière partie que pendant l'impression de notre Chronique.

⁴⁾ V. Martin, *Le gallicanisme et la Réforme catholique. Essai historique sur l'introduction en France des décrets du Concile de Trente (1563—1615)* Paris, 1919, XXVII—415 (thèse pour le doctorat ès lettres).

C.r. dans la *Revue du clergé français*, t. 103, 1920, p. 362—369 (Vacandard); article dans le *Canoniste contemporain*, janv.—févr. 1921, p. 5—15 (Villien).

La thèse complémentaire de M. Martin a pour sujet: *Les négociations du nonce Silingardi, évêque de Modène, relatives à la publication du concile de Trente en France. (1599—1601). Documents*. Paris 1919, 8^o; 118 p.

toujours réservés ou hostiles. Sur le lieu de la réunion, son caractère, le rôle du pape dans l'assemblée, elle avait proposé des opinions que n'avaient point adopté Rome et les Pères, et leur refus d'accorder aux ambassadeurs du Roi très chrétien la préséance sur les ambassadeurs du Roi catholique avait envenimé les premières blessures.

Enfin, Pie IV et le cardinal de Lorraine, par des imprudences de langage ou de conduite, soulevèrent contre eux (et contre le concile auquel ils avaient si activement participé) l'opinion française. Si bien que le gouvernement, ne pouvant prendre parti contre les décrets de réforme, décida d'accepter ceux que les circonstances l'obligeraient à recevoir.

Cet éclectisme ne pouvait satisfaire Pie IV, qui, poussé surtout par le cardinal Borromée, s'efforça d'obtenir une publication complète : mais les négociations qu'il poursuivit avec persévérance eurent de médiocres résultats. Ses successeurs, Pie V et Grégoire XIII ne furent pas plus heureux.

A l'Assemblée de Melun (1579), le clergé avait donné son adhésion aux décrets de réforme. Mais c'est l'instant où commence la résistance violente des Politiques. Elle n'empêcha point Henri III d'accepter, après de longues hésitations, le projet d'une publication intégrale, que réclamait Sixte-Quint : la mort rendit vain son ralliement.

Les Etats de la Ligue ne prirent à leur compte son dessein qu'après de longs débats, qui eurent, du moins, pour conséquences, de convaincre tous les membres du clergé de la nécessité d'admettre les décrets, et de donner au problème de leur réception une importance primordiale.

Henri IV, en abjurant, avait adopté la motion de la Ligue, promis une publication prochaine. Quand il voulut passer à l'acte, le Parlement s'y opposa de tout son pouvoir, au nom des libertés de l'Eglise gallicane. Une lutte doctrinale extrêmement vive s'engage, alors, entre gallicans et ultramontains¹⁾. Les parlementaires soutiennent, par tous les moyens, la campagne anti-romaine.

¹⁾ Les origines et les articles essentiels du gallicanisme font l'objet d'une courte et substantielle étude de Arquillière : *Qu'est-ce que le gallicanisme?* Paris, 1922, 8°, 28 p. On se rappelle l'excellent article publié par ce même auteur dans le *Dictionnaire apologétique de la Foi catholique*.

Le clergé, par contre, ne cesse de se rapprocher de Rome. Aux Etats Généraux de 1614, il demande la publication du Concile. Le Tiers s'y étant opposé fermement, il comprit que les résistances conjointes de la bourgeoisie et du Parlement rendaient impossible la réception officielle des décrets de Trente, et, dans son Assemblée de 1615, il procéda lui-même à leur publication ¹⁾.

L'examen approfondi des sources du droit canonique a éprouvé, classé, les matériaux sur lesquels peut s'édifier l'histoire des principes et des institutions. De grands chapitres de cette histoire ont été, récemment, renouvelés. Jamais n'avaient paru, dans le court espace de quatre années, tant d'études importantes sur les personnes placées aux divers degrés de la hiérarchie et sur les éléments du patrimoine ecclésiastique, sur les privilèges des clercs et des biens d'église.

Il faut signaler d'abord quelques monographies ou articles qui ont pour sujet l'organisation de l'Eglise en notre pays.

Pour établir l'antiquité de la prééminence effective du siège romain, Mgr. Battifol a énuméré, discuté les preuves de la soumission des églises gallo-romaines au pape: le premier concile d'Arles (314), les lettres de Damase à l'épiscopat gaulois, d'Innocent à Victrice, de Célestin aux évêques de la Viennoise et de la Narbonnaise ²⁾.

M. Desprairies a réuni, dans une étude brève les renseignements dispersés en plusieurs monographies françaises et étrangères, sur l'Election des évêques au XIII^{ème} siècle ³⁾.

Et c'est l'organisation de l'église de Vienne, celle du chapitre de Chartres, qui ont fait l'objet des recherches de M. le chanoine

¹⁾ Les efforts tentés en Normandie pour appliquer l'une des plus importantes décisions du concile de Trente, celle relative à la création des séminaires, ont été étudiés par G. Bonnenfant (*Les séminaires normands du XVI^{ème} au XVIII^{ème} siècle. Fondation. Organisation. Fonctionnement.* Paris, 1915, 8°, 515 p.); C. r. dans *Rev. d'hist. de l'Egl. de France*, 1922, p. 333 – 336 (Gallerand).

²⁾ P. Battifol, *Les églises gallo-romaines et le Siège apostolique* (*Rev. d'hist. de l'Egl. de Fr.*, t. VIII, 1922, p. 145 – 169).

³⁾ H. Desprairies, *L'élection des évêques par les chapitres au XIII^{ème} siècle*, (thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1922).

Ulysse Chevalier¹⁾ et de M. Amiet²⁾. Ce dernier a écrit l'une des meilleures monographies de chapitre que nous possédions. On pourrait seulement lui reprocher une conception un peu étroite, trop „locale” du sujet.

Au contraire, ce qui frappe dans l'Etude de M. Ed. Fournier sur les *Origines du Vicaire général*³⁾, c'est la recherche d'une explication ample, universelle, de ces origines (encore qu'elle soit destinée à justifier un vieil usage français). Tandis que l'on confond communément le vicaire général avec l'official, il le reconnaît sous les traits du *procurator generalis* qui, dès le XIII^e siècle, remplace l'évêque pour toutes les affaires que celui-ci ne s'est point réservées et qui devint permanent par suite de l'absentéisme de son commettant. Cette thèse ingénieusement présentée, ne manque point de probabilité. Pour s'imposer, il faudrait qu'elle fût la conclusion d'un examen plus approfondi des attributions du vicaire général moderne et du procureur médiéval.

La synthèse présentée par dom Berlière⁴⁾ sur l'*Ordre monastique* ne se rapporte pas directement au droit canonique, mais elle contient, particulièrement sur les moines de l'époque franque, sur Cluny et Cîteaux un résumé des conclusions que la science contemporaine propose, et des renseignements bibliographiques, que les historiens de l'ancienne discipline pourront utiliser.

Les privilèges généraux des personnes ecclésiastiques en France au Moyen-Age ont fait l'objet de deux ouvrages, consacrés au *privilegium fori*.

M. G. Lardé, étudiant le *Tribunal du clerc* dans l'Empire

¹⁾ U. Chevalier, *Etude historique sur la constitution de l'église métropolitaine et primatiale de Vienne en Dauphiné (origines — 1500)* t. I, Vienne, 1922.

²⁾ L. Amiet, *Essai sur l'organisation du chapitre de Chartres du XI^e au XVIII^e siècle* (thèse pour le doctorat en droit, Paris 1922),

³⁾ E. Fournier, *Les origines du vicaire général*, Paris, 1922 in 8°. 153 p. Cette étude a d'abord été présentée comme thèse à l'Institut catholique de Paris. C. r. dans *Rev. d'hist. eccl.* 1923, 223—226 (G. Mollat). Nous donnerons un c. r. de cet ouvrage dans le prochain numéro de la *Revue des Sciences religieuses*.

⁴⁾ D. Ursmer Berlière, *L'ordre monastique des origines au XII^e siècle*, 2^{me} éd., Paris, 1921, in — 16, 276 p. (cinq conférences).

romain et la Gaule franque¹⁾, examine successivement, dans ce double cadre historique et chronologique, les textes relatifs aux affaires civiles et aux affaires criminelles. Ce plan — auquel on pourrait reprocher d'être trop analytique et d'exposer à des redites, certaines constitutions visant à la fois les affaires civiles et les criminelles — permet, du moins, à M. Lardé de dresser un catalogue des opinions nombreuses proposées par les exégètes de chaque texte, et de fournir quelques interprétations personnelles, notamment pour les constitutions de 376, 384, 425 et pour l'édit de 614. Son examen aboutit, en somme, à ces conclusions: dans l'Empire romain, en matière criminelle, le privilège n'aurait été accordé qu'entre 412 et 452, et quant aux causes civiles, la faveur impériale ne se manifeste que dans des constitutions inefficaces de Constantin. L'Eglise franque aurait obtenu en 614 que la connaissance des causes civiles et criminelles des clercs fût réservée à l'évêque, la condamnation pour crime étant suivie de livraison au bras séculier.

Pour la période comprise entre le règne de Charlemagne et le droit canonique classique, nous n'avons guère de documents. Et c'est la raison qui a déterminé M. Génestal à fixer au milieu du XII^{ème} siècle le point de départ de sa magistrale Histoire du *privilegium fori* en France²⁾. Les clercs fidèles à leur état, puis les clercs bigames, mariés, apostats: telles sont les catégories que, successivement, il examine. A propos de chacune de ces catégories, il montre le développement de la législation canonique, au XIII^{ème} siècle, puis la coutume de l'Eglise de France, et l'attitude des tribunaux séculiers.

Tandis que la papauté, soucieuse de la dignité de la vie cléri-

¹⁾ G. Lardé, *Le tribunal du clerc dans l'Empire romain et la Gaule franque*, Moulins, 1920, in 8°, 230 p. — C. r. dans *Bibl. de l'Ec. des Chartes*, 1921, p. 361-364 (M. Rousset); dans le *Moyen-Age*, janvier-avril 1922, p. 126-132 (Le Bras).

²⁾ R. Génestal, *Le privilegium fori en France du Décret de Gratien à la fin du XIV^{ème} siècle* (*Bibl. de l'Ec. des H^{tes} Etudes, Sc. relig.*, XXXV^{ème} vol.) Paris, 1921, in 8°, XIX-246 p.

C. r. dans *Nouv. Rev. hist. de droit*.... juillet-déc. 1921, p. 692-699 (P. Fournier), dans *Revue des sciences religieuses*, 1922, p. 372-375 (Champeaux) et dans *Journal des Savants*, 1922, p. 163-170 et 253-260 (Le Bras).

cale et soumise aux nécessités de la politique, modifie plusieurs fois la discipline, avec une tendance à la sévérité, les officialités françaises sont obstinément résolues à considérer comme leurs justiciables tous les tonsurés.

L'examen des registres du Parlement, (d'où M. Génestal a patiemment extrait de précieux renseignements), loin de confirmer les opinions courantes sur la lutte entre les deux puissances, fait apparaître la déférence des gens du roi pour la législation canonique: ils l'interprètent sans rigueur, presque toujours conformément aux vues des officialités. Même des accusés qui ont reçu la tonsure après ajournement en cour laïe, même des bigames et des clercs chevaliers ou pourvus d'offices séculiers sont abandonnés sans dispute à la justice ecclésiastique.

Ce n'est pas au cours d'une longue offensive contre le *privilegium fori* que les justices royales étendirent leur compétence sur les clercs. Plutôt, elles s'efforcent, au XIV^{ème} siècle, de contenir ce privilège dans les bornes posées par les décrétales et accroissent leur compétence *ratione materiae*.

Le résultat définitif de cette tactique prudente sera exposé par M. Génestal dans un second tome, qui contiendra en outre un important chapitre sur le privilège des protégés de l'Eglise (notamment des *miserabiles personae*).

La formation et la condition du patrimoine temporel de l'Eglise sont depuis quelques années beaucoup mieux connues, grâce à de nombreux travaux publiés après un nouvel et complet examen des sources.

M^{gr}. Lesne, recteur des Facultés catholiques de Lille, a publié, en 1921, le premier fascicule du second tome de son Histoire de la propriété ecclésiastique en France¹⁾. C'est le tableau de la politique de sécularisation des Carolingiens, ou plutôt des procédés très variés dont se servirent les princes de la seconde race pour dépouiller l'Eglise des biens nécessaires à leurs dépenses.

¹⁾ E. Lesne, *Histoire de la propriété ecclésiastique en France t. II La propriété ecclésiastique et les droits régaliens à l'époque carolingienne. Fasc. 1. Les étapes de la sécularisation des biens d'église du VIII^{ème} au X^{ème} siècle.* (Mém. et Trav. des Fac. cath. de Lille, fasc. Lille 1922, in. 8^o, IX. 295 p.)

Charles Martel distribue évêchés et abbayes avec d'autant moins de scrupules que les biens ecclésiastiques sont l'enjeu et le soutien des luttes entre les grandes familles. La réforme de Carloman et de Pépin ne produit en ces matières que des fictions juridiques: on restitue théoriquement à l'Eglise ses biens, elle les concède à titre de précaires, et le bénéficiaire demeure dans la vassalité du roi qui a ordonné la concession.

Dans les Synodes réformateurs, les princes avaient bien décidé de remettre à chaque établissement ecclésiastique ce qui lui serait nécessaire pour sa subsistance. Mais cette décision ne fut que l'occasion de procès, de restitutions fragmentaires, suivies de reprises, et souvent accomplies aux dépens d'églises riches ou soumises à l'ennemi. Si bien que la restauration de la discipline est le prétexte qui justifie les spoliations. Désormais, elles seront régulières: même sans que la nécessité impérieuse le commande, on dépouillera les établissements, ecclésiastiques, et les restitutions seront considérées comme des aumônes.

Sans doute, quelques compensations sont prévues: obligation pour le fidèle qui occupe les biens ecclésiastiques de contribuer aux réparations, de remettre à l'église propriétaire, outre le cens, dîmes et nones, et le cinquième des redevances des tenanciers.

Même les biens qui sont, en apparence, respectés, n'échappent pas à la mainmise du souverain. Pépin et Charlemagne disposent de *l'episcopatus*, de *l'abbatia*, véritables *honores regni*. Pendant la longue vacance des sièges, des laïques administrent ces biens au nom du roi, et en jouissent comme de bénéfices; ce qui pourrait être l'origine de la régale ¹⁾.

Louis le Débonnaire revint autant qu'il le put aux règles canoniques sur les élections, s'abstint de sécularisations nouvelles et promit que l'on traiterait pieusement les biens enlevés à l'Eglise ²⁾.

La division de l'Empire fut l'occasion de spoliations nouvelles, et d'une réaction assez vive de la part du clergé. Celui-ci com-

¹⁾ E. Lesne, *Les origines du droit de régale*, *Nouv. Rev. hist. de droit...* t. XLV, 1921, p. 5—52.

²⁾ Des questions importantes relatives à la politique de ce prince ont été traitées dans trois articles sur: *Les ordonnances monastiques de Louis le Pieux et la Notitia de servitio monasteriorum* (*Revue d'histoire de l'Eglise de France*, VI, 1920, p. 161-175, 321—338 et 449—493.)

prit qu'il fallait, pour échapper aux spoliations, promettre de soutenir spontanément l'Etat. En échange de sa contribution, il établit un programme de réparations, qu'à l'Assemblée d'Epernay, l'aristocratie laïque rejeta.

Alors commença, d'une part, l'action des faussaires et des visionnaires destinée à fortifier le droit méconnu et à frapper l'imagination populaire, et d'autre part cette généralisation du recours à Rome, qui devait assurer un si grand rôle à la protection pontificale ¹⁾.

Comment s'est formée, au profit de ce patrimoine, la théorie de l'exemption des charges fiscales, à quelles charges, en fait, ont été soumis les biens, ecclésiastiques? Telles sont les questions que nous nous sommes efforcé de résoudre, dans une thèse pour le doctorat en droit ²⁾.

Après avoir établi les fondements théologiques et les fondements positifs (constitutions romaines, pratique franque) de l'immunité des biens consacrés, nous nous efforçons de montrer comment les définitions conciliaires de cette immunité ont été provoquées par la politique d'égalité fiscale des communes italiennes, quelles règles — dégagées par les Glossateurs — ont exposées les papes et les Canonistes, enfin que les Capétiens ont tiré grand

¹⁾ Mgr. Lesne a récemment ajouté un premier complément à son ouvrage, sous la forme d'un article: *Les bénéficiers de Saint Germain des Prés au temps de l'abbé Irminon* (*Revue Mabillon*, 1922, p. 73-89). Dans le même numéro de cette Revue, il y a un intéressant article de dom L. Gougaud: *La question des abbayes-crochets bretonnes* (p. 90-104). Sur la propriété ecclésiastique pendant les derniers siècles de l'Ancien Régime, on lit d'intéressants détails dans les articles de P. de Vaissière, *Curés de campagne de l'ancienne France. Les curés bénéficiers et la gestion de leurs bénéfices* (*Revue d'histoire de l'Eglise de France* 1921, p. 353-371, et 1922, p. 21-37 et 182-192) V. aussi R. Chevaillier, *Les revenus des bénéfices ecclésiastiques au XVIII^e s. d'après les comptes de la régale et de la garde* (*Revol. franc.*, 1921, p. 113-149.)

²⁾ G. Le Bras, *L'immunité réelle, Essai sur la formation de la théorie canonique de la participation de l'Eglise aux charges de l'Etat et sur son application dans la monarchie française au XIII^e siècle* (thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1920) C. r. dans *Revue historique*, t. 136, 1921, p. 73, s. (E. Jordan). et dans *Revue des sciences religieuses* 1921, p. 376-382 (V. Martin).

profit du pouvoir réservé au pape d'imposer les bénéfices: les décimes organisées et concédées par Rome furent la ressource la plus régulière et la plus importante du Trésor royal.

Dans un article de la *Revue des Sciences religieuses*, nous avons esquissé l'évolution de la théorie de l'immunité, du XIV^e au XVI^e siècle: à mesure que les gouvernements séculiers la contestent, elle devient plus rigoureuse ¹).

Ces Essais, que nous avons dû mutiler, à cause de difficultés nées de la guerre, seront revisés, considérablement amplifiés, pour former une Histoire de l'immunité fiscale des clercs et des biens d'Eglise.

La répartition, entre les membres du clergé, des biens ecclésiastiques, a, de tout temps, mis aux prises tous les détenteurs de l'autorité spirituelle ou de l'autorité temporelle.

M. Mollat recense les droits de collation acquis par les papes au XIV^e siècle ²). Disposer des sièges épiscopaux, des canonicats, prébendes, dignités et offices capitulaires, archiprêtrés, et doyennés ruraux, cures, chapellenies, prieurés: tel fut le but que se proposa le Saint-Siège, à partir du XII^e siècle.

Pour disposer des bénéfices mineurs, il usa des réserves spéciales ou générales (à partir de Clément IV), des mandats de provision (le plus ancien est de 1137), des grâces expectatives (qui fonctionnent surtout au profit des pauvres clercs et que Clément IV a solennellement justifiées) et des commendes (qui servent à déguiser le cumul, et sont très répandues dès le XIII^e siècle).

Le mécanisme des provisions apostoliques est, d'ailleurs, fort compliqué. Supplices, examen, expédition, délivrance, exécution des bulles, contentieux, sont soumis à des règles minutieuses, que M. Mollat analyse.

Sur les bénéfices supérieurs, le Saint Siège ne mit la main qu'après de longues et habiles manoeuvres. La réforme grégorienne

¹) G. Le Bras, *L'évolution générale de la théorie canonique de l'immunité réelle depuis la publication des Clémentines jusqu'au concile de Trente* (*Revue des Sciences religieuses*, 1922, p. 411—427).

²) G. Mollat, *La collation des bénéfices ecclésiastiques sous les papes d'Avignon (1305—1378)*, *Bibl. de l'Institut de droit canonique de l'Université de Strasbourg* Paris, 1921, in 8°, 353 p. C. r. dans la *Revue hist. de droit*... 1922, p. 289—293 (R. Génestal) et dans la *Revue historique*, n°. 282, janvier-février 1923, p. 91—96 (E. Jordan).

avait rendu aux chapitres cathédraux et monastiques le choix de l'évêque et de l'abbé. Pour déposséder ces corps de leurs attributions électorales, la papauté utilisa de multiples procédés : confirmation des élections, jugement des élections contestées, réserve ¹⁾.

La politique centralisatrice du Saint Siège ne rencontra pas de résistance sérieuse en Angleterre, pour la collation des bénéfices majeurs ; au contraire, la disposition des bénéfices mineurs fut revendiquée par le roi. Dans l'Empire, les provisions apostoliques furent mal accueillies par les chapitres, par les collateurs ordinaires et par les princes. En France, Guillaume le Maire et Guillaume Durant dénoncent les abus qu'ils estiment inhérents aux réserves apostoliques ; l'opposition des chapitres devient gênante, à partir d'Innocent VI, et les collateurs ordinaires des bénéfices mineurs se montrent peu accommodants.

La procédure canonique ne sollicite guère les érudits. On ne peut signaler que les indications, nécessairement sommaires, de Garçon, dans le petit volume qui vient de paraître sur *le Droit pénal* ²⁾ et les pages où P. Champion résume avec exactitude les notions de droit canonique qu'il faut avoir présentes à l'esprit pour comprendre le procès de Jeanne d'Arc ³⁾.

La seule étude vraiment originale sur la procédure canonique est l'intéressante préface qui précède le *Registre des causes civiles de l'officialité épiscopale de Paris* (1384—1387), dont la publication a été préparée par J. Petit et récemment assurée, après la mort de cet érudit, par M. Lelong ⁴⁾.

Quelques ouvrages — trop peu nombreux — relatifs à l'his-

¹⁾ A propos de cette conquête des bénéfices majeurs, M. Mollat expose les fondements — à la vérité très larges, et sur quoi repose aussi bien la concession des bénéfices mineurs — de l'intervention pontificale.

²⁾ E. Garçon, *Le droit pénal. Origines. Evolution. Etat actuel* (Coll. Payot) Paris 1922, 160 p.

³⁾ P. Champion, *Procès de Condamnation de Jeanne d'Arc. Texte, traduction et notes*. (Bibl. du XIII^e s., t. XXII et XXIII) Paris 1921, 2 vol. in — 8^o de XXXII — 428 et CX — 453 p.

C.r. dans le *Moyen-Age*, janv. — avr. 1922, p. 118 — 121.

⁴⁾ J. Petit, *Registre des causes civiles de l'officialité épiscopale de Paris* (1384—1387), Paris 1919 (*Collection des Documents inédits*). C.r. dans *Revue hist.*, t. 138, 1921, p. 76 — 78 (Petit Dutailly). Nous ne voulons pas clore ce

toire du droit privé, montrent l'influence du droit canonique sur la législation séculière.

Etudiant la condition juridique du bâtard au Moyen-Age ¹⁾, M. Regnault établit l'influence considérable de l'Eglise sur le sort de l'enfant né hors mariage. Les conciles réagissent contre les unions illicites, et plus particulièrement contre les défaillances, des clercs, en refusant aux bâtards les ordres sacrés (*irregularitas ex defectu natalium*), puis toute capacité. Et cette conception a eu sur le droit séculier, à partir de la fin du XI^e siècle, une répercussion que M. Regnault permet de mesurer dans un tableau général des incapacités du bâtard qui est hors de la famille, et considéré dans la société comme un être inférieur.

Dans le droit des obligations, l'un des chapitres où s'est le plus fortement marquée l'action des principes canoniques est la théorie du pacte nu. M. Capitant (avec le concours de M. Le B.) a procédé à un nouvel examen sommaire de cette théorie dans quelques pages de son vigoureux ouvrage sur la *Cause* ²⁾. L'inspiration de ce principe général que la volonté est la source des engagements est, au XII^e siècle, surtout théologique. Pour justifier la sanction des obligations unilatérales sans formes, les canonistes ont invoqué l'exemple du droit romain, où ils croyaient apercevoir cette idée que l'existence d'une cause suffit à procurer une action. Et dans le domaine des contrats synallagmatiques, la notion de correspondance, de lien causal entre les engagements, s'exprime par la maxime: *non servanti fidem, fides non est servanda*, que l'on trouve déjà dans les commentaires de Vincent d'Espagne.

Cette revue, nécessairement brève ³⁾, des travaux publiés en

paragraphe relatif à la procédure sans signaler la communication faite par M. Génestal à la séance du 8 décembre 1921 de la Société d'histoire du droit sur la *livraison du laïque hérétique au bras séculier* (résumé dans *Revue hist. de droit*.... janv.—juin 1922, p. 322, et s).

¹⁾ H. Regnault, *La condition juridique du bâtard au Moyen-Age* (thèse soutenue devant la Faculté de Droit de Caen) Pont-Audemer, 1922, (n.-8^o, 137 p.). Travail très juridique, conclusions bien fondées, sur des textes dont beaucoup sont inédits. Peut-être l'auteur eut-il pu faire une part plus large aux causes économiques et à la doctrine des canonistes.

²⁾ H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, 1923. V. notamment nos 65, 66, 68, 69.

³⁾ Nous avons dû omettre, pour ne point remplir tout un numéro de cette

France depuis la fin de la guerre, suggère quelques réflexions.

Tout d'abord, on notera, que les historiens du droit canonique n'ont guère examiné les sujets qui n'appartiennent pas exclusivement à leur domaine, mais qui, par quelque côté, intéressent une autre des sciences religieuses. La discipline sacramentaire, les cérémonies du culte, bien que les textes juridiques leur fassent une large place, ont été étudiées seulement par les théologiens et les liturgistes. Et sans doute y a-t-il là une heureuse spécialisation des recherches, à condition que l'on n'oublie point l'unité ancienne de ces diverses sciences, leurs rapports et leurs buts communs ¹⁾.

Ce qui attire surtout l'attention des historiens, ce sont les institutions et les faits, c'est la vie temporelle de l'Eglise, presque uniquement de l'Eglise de France. La plupart des ouvrages qui se rapportent aux personnes et aux biens ont pour cadre l'histoire nationale.

Les spécialistes, au lieu de disperser leur effort, ont choisi des sujets bien déterminés en vue d'investigations prolongées, conduites selon l'ordre chronologique.

Cette délimitation du champ des recherches, cette préoccupation de confronter les faits et les doctrines ont fixé la méthode, le caractère des œuvres et assuré des conclusions d'une portée très large. Plus de synthèses hasardeuses, ni de monographies purement érudites, mais des explorations minutieuses qui, découvrant les racines, les ramifications d'une idée ou d'une institution canonique, font apparaître le développement des divers principes du droit et mieux connaître le milieu, les conditions pratiques de cet épanouissement, c'est à dire la vie de l'Eglise et ses rapports avec le siècle. Ce dernier résultat, d'une portée très générale, et qui justifie si fortement des travaux d'une technique un peu sévère

Revue, des notes, des comptes-rendus, qui eussent mérité une mention. Comme preuve de la place que tient le droit canonique dans les travaux des érudits qui s'occupent d'histoire provinciale ou locale, je me borne à signaler le *c. r.* de la Semaine de droit Normand de 1922, où sont indiquées plusieurs communications qui ne manquent pas d'intérêt pour les canonistes, notamment celle de M. Soudet sur les vicissitudes du *cas royal de patronage en Normandie, au XIV^{ème} siècle* (*Rev. hist. de droit...* 1921, p. 681—684).

¹⁾ Il convient d'ajouter que notre remarque s'applique surtout à la période 1918—1922, dont nous nous occupons ici. On n'a pas oublié les belles études publiées en France, par des canonistes, il y a quelques années, sur l'histoire de plusieurs sacrements: la pénitence, l'ordre, le mariage.

et dont l'ampleur ne se révèle pas au premier coup d'œil, on nous permettra de le mieux établir, en suggérant par quelques traits ce que les principaux ouvrages analysés dans cet article contiennent d'utile pour l'intelligence du Moyen-Age.

L'ouvrage de Mgr. Lesne ne rend-il pas compte des rapports véritables entre les intérêts économiques et les attitudes politiques de l'Eglise franque? Ainsi, l'attachement des clercs à *l'unité* de l'Empire, que l'on a souvent regardé comme une foi, perd toute apparence mystique, quand on mesure les conséquences de chaque partage du territoire. En d'autres chapitres, comme apparaît évidente — malgré nos répugnances de sentiment — la nécessité de conserver la fortune ecclésiastique pour réformer les mœurs! Et ne voit-on point l'une des plus décisives causes de la centralisation romaine dans la misère des églises et des monastères, qui ne peuvent plus compter, pour leur défense, que sur l'Apôtre et sur son successeur! Rapports du temporel et du spirituel, du politique et de l'économique: tous les raisons de cette histoire nous découvrent des incidents et des liens que la chronique détaillée des règnes ne nous laisse point reconnaître.

Ce livre s'arrête au seuil de la décadence carolingienne, et d'une longue période de crise pour la chrétienté. Les efforts de l'Eglise pour échapper à l'anarchie sont-ils nulle part mieux perceptibles que dans les collections canoniques telles que M. Paul Fournier les présente? Nos anciens érudits se proposaient seulement d'en connaître les sources, les origines: l'ordre de la recherche n'a point varié, mais elle se couronne d'une conclusion scientifique. On reconnaît dans chaque collection des intentions spirituelles, la manifestation d'un état d'esprit dont il s'agit de déterminer l'inspiration, l'importance et la durée. Ainsi considérée, chaque masse de textes devient un vivant témoignage. Le mouvement religieux du XI^{ème} siècle a-t-il laissé des traces plus précieuses que ces séries de textes anciens où les réformateurs voyaient leur idéal et qui sont, pour nous, aujourd'hui, des miroirs de leurs rêves? Le choix des canons, l'ordre des chapitres, le sens d'un apocryphe révèlent, trahissent parfois, la pensée de tout un milieu, des nuances de sentiment que la langue des polémistes n'a jamais su traduire.

Le Décret de Gratien marque le dernier terme de cette activité

exceptionnelle de la Réforme et l'ouverture de la période classique. C'est à partir de sa publication que se pose avec acuité en France le problème juridique des relations entre l'Eglise et l'Etat, dont la centralisation se poursuit et dont le droit se précise.

Les travaux récents atténuent l'idée traditionnelle du conflit entre les deux puissances, et mettent en relief des intérêts nombreux et complexes, des groupements hétérogènes, que l'on a, jusqu'à présent, assez mal discernés. Papes et rois sont normalement d'accord sur les questions relatives à l'imposition des biens ecclésiastiques, à la juridiction sur les clercs, à la nomination aux bénéfices. L'opposition aux entreprises du pouvoir royal vient du clergé : ses assemblées protestent contre les décimes, ses officialités contre les restrictions mises à leur compétence, et les collateurs ordinaires de bénéfices contre les concordats tacites qui les privent d'exercer leurs prérogatives.

Les livres consacrés au *privilegium fori*, à l'immunité réelle, à la collation des bénéfices, montrent, dans tout ce jeu des relations entre le pouvoir royal, les Parlements, les officiers laïcs d'une part, le Saint Siège, les tribunaux ecclésiastiques, les évêques, les clercs, d'un autre côté, une variété que les ouvrages généraux et les théories des publicistes ne laissent guère deviner, et que pouvaient, seules, révéler des enquêtes patiemment poursuivies dans les archives, au milieu des actes infiniment divers où se reflète le spectacle de la vie pratique.

Enfin, les travaux sur la Réforme catholique du XVI^{ème} siècle établissent définitivement quelle fut l'attitude des gouvernements séculiers et leurs rapports avec la papauté dans une période grave de la vie de l'Eglise.

Les ouvrages récemment publiés en France sur l'ancien droit canonique témoignent donc de l'application d'une méthode féconde, qui permet d'obtenir une précision parfaite, par la limitation du sujet, et qui, par la relation qu'elle établit entre une institution ou un recueil de textes et la vie profonde de l'Eglise, fournit ou prépare la solution de nombreux problèmes historiques d'une haute importance.

G. LE BRAS,

PROFESSEUR AGRÉGÉ À LA FACULTÉ DE DROIT
DE STRASBOURG.

CHRONIQUE BELGE

(DROIT ROMAIN).

Fernand De Visscher, *Le fur manifestus*. In 8° de 71 pages (Extrait de la Nouvelle revue historique de droit français et étranger, XLVI, p. 441—512). Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1923. — *La condictio et le système de la procédure formulaire*. In 8° de 153 pages. Publication de la faculté de droit de l'Université de Gand. Gand, Buyens; Paris, Rousseau, 1923.

M. le professeur Fernand De Visscher est un romaniste très-averti, qui semble avoir la coquetterie d'aborder les problèmes les plus ardues de l'histoire des institutions juridiques romaines.

L'histoire du *furtum* a une importance capitale. Ne nous ouvre-t-elle pas des horizons, et sur les origines de la propriété, et plus encore sur les origines de l'obligation juridique? Sa portée considérable et les innombrables questions délicates qu'elle soulève ne sont-elles pas attestées de façon éclatante par les vastes recherches que M. Paul Huvelin poursuit sur le *furtum* et ses sources dans le très-ancien droit romain?

Le point de vue intéressant, qui se dégage de l'étude de M. De Visscher, peut se résumer de la manière suivante.

Dans l'ancien *ius civile*, il n'y avait théoriquement qu'une seule espèce de *furtum*. Pour en poursuivre la répression, le volé était fondé à user du droit de vengeance privée, s'il surprenait le voleur avec la chose volée; si non, le volé devait recourir à une procédure judiciaire tendant à une condamnation au double. La conception du *furtum* était une et invariable, mais la répression s'exerçait différemment sur le *fur* qualifié *manifestus*, c'est à dire sur le voleur appréhendé avec la chose volée.

Lorsque la justice privée exercée sur le *fur manifestus* fut remplacée par une action prétorienne au quadruple, il s'établit

une distinction théorique entre deux catégories de vols, le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum*, pour lesquelles le mode de répression est le même, mais la gravité de la peine, différente. A la notion concrète du *fur manifestus* se substitue la notion abstraite d'un *furtum manifestum*, c'est à dire d'une catégorie particulièrement grave de *furtum*, dans laquelle le vol est découvert pendant qu'il s'accomplit.

La flagrance ainsi entendue justifie-t-elle vraiment une aggravation de peine? Il est assez malaisé de le dire. Quoiqu'il en soit, les textes, qui s'attachent à fixer la notion de la flagrance, se trouvent très heureusement éclairés par l'application de la distinction entre le *fur manifestus* et le *furtum manifestum*. Pour la notion concrète du *fur manifestus*, la flagrance réside dans le fait d'avoir la chose volée sur soi; pour la notion abstraite du *furtum manifestum*, la flagrance réside dans l'activité délictuelle au moment de la découverte. Or il se devine que le langage des jurisconsultes classiques au sujet du vol flagrant varie selon qu'ils apprécient la flagrance à l'un ou l'autre de ces deux points de vue.

L'argumentation qui conduit notre auteur à distinguer la notion concrète et ancienne du *fur manifestus* de la notion abstraite et plus récente du *furtum manifestum*, paraît concluante. Ne pourrait-on même l'étayer de maints rapprochements convaincants? Ne serait il pas aisé, par exemple, de montrer que la notion concrète du *nexus* ou homme enchaîné, a précédé de longtemps la notion abstraite du *nexum* ou lien idéal, et que l'expression *nexi liberatio* a signifié le dégagement de l'homme enchaîné, avant de signifier le dénouement du lien idéal du *nexum*?

Les mystères de la *condictio* laissent loin derrière eux les quelques obscurités de l'histoire du *furtum*. Aussi M. De Visscher, sans chercher à éclairer toutes les obscurités de la matière, tâche uniquement à fixer une orientation générale dans l'étude de la *condictio*. Tous ses efforts tendent à découvrir une explication historique de l'évolution assez déconcertante de la *condictio* parmi les institutions de la procédure civile romaine.

Pour lui, la *legis actio per conductionem*, introduite par les lois Silia et Calpurnia, avait déjà le caractère abstrait, que conserva,

après la loi Aebutia, la *condictio* formulaire. Celle-ci ne fut pas autre chose que la transposition, dans le système formulaire, du moyen d'agir *per conductionem*: la *condictio* formulaire fut donc un *modus agendi*, qui continua la fonction de la *legis actio per conductionem*; ce fut un type de procédure, allégé de toute mention de la cause de la demande et apte à sanctionner toute obligation, pourvu que celle-ci eut un objet certain (*certa pecunia vel alia certa res*).

L'application de la *condictio* étant conditionnée uniquement par la certitude objective de la prestation réclamée, il s'établit nécessairement un rapport entre ce moyen d'agir et des *causae condictendi*, c'est à dire des circonstances susceptibles de revêtir les créances du caractère de certitude objective indispensable à l'intentement de la *condictio*. Cicéron, dans le *pro Roscio comoedo*, cite, parmi les *causae condictendi*, la *datio*, qui est un fait ayant un incontestable caractère de certitude. Or le facteur de certitude, qui se trouve dans le fait d'une *datio*, eut une influence considérable sur la délimitation de la sphère d'application de la *condictio* en droit classique. Car la jurisprudence classique, en quête d'un moyen apte à enrayer l'enrichissement sans cause, s'avisa d'utiliser à cette fin la *condictio* en fonction d'une *datio*: l'intentement d'une *condictio* destinée à enrayer un enrichissement injuste reste subordonné à la condition d'une *datio*. Comment expliquer l'adoption de pareil système, qui délimite d'une façon très-arbitraire les applications du principe de la répétition de l'enrichissement injuste? Tout simplement par une méprise historique sur la fonction de la *datio*, transportée inconsidérément du plan de la pure procédure dans le plan du droit matériel: tandis que la *datio* donnait naguère à la créance litigieuse l'empreinte de certitude requise par le type particulier de procédure qu'était la *condictio*, maintenant la *datio* n'atteste plus seulement la réalisation d'une condition de procédure propre à un moyen d'agir particulier, mais elle est envisagée comme l'une des conditions de fond auxquelles est subordonné tout enrichissement injuste qui pourrait justifier l'intentement d'une *condictio*.

C'est à la démonstration de cette volte-face historique, que M De Visscher s'attache particulièrement, sans omettre pourtant d'indiquer les destinées ultérieures de la *condictio*. Il vint un temps, au haut empire, où éclata l'insuffisance d'un système qui réservait

l'application de la *condictio* aux seuls enrichissements injustes susceptibles d'être ramenés à une catégorie de *datio*. Alors, pour compléter le système d'entraves à tout enrichissement sans cause, de nouvelles actions surgirent, qui ne se rattachaient plus en aucune façon à l'ancien type de procédure de la *condictio*; mais comme elles amplifient la fonction de la *condictio certi*, on leur donna le nom de *condictio incerti*, et M. De Visscher émet la conjecture nouvelle que la jurisprudence du 2^e siècle aurait désigné sous ce nom générique de *condictio incerti*, l'ensemble des formules *in factum* destinées à compléter le jeu de la *condictio* dans l'application du principe de l'enrichissement sans cause.

Enfin au bas-empire apparaît une *condictio generalis*, où se retrouvent, cette fois, les caractères propres à l'ancien type de procédure de la *condictio*; car la *condictio generalis* reste, aux yeux des Byzantins, un mode d'agir *de omni certa re*. Toutefois, comme dans la procédure *extra ordinem* du bas empire le demandeur a toujours la possibilité de réaliser à sa guise la condition de certitude de l'action par une auto-estimation, il advint que la sphère d'application de la *condictio* s'élargit singulièrement: la *condictio generalis* fut en réalité un „moule à actions, „dans lequel pouvait être coulée toute action personnelle.

M. De Visscher a incontestablement réussi à construire une évolution historique de la *condictio*. Sera-t-elle généralement acceptée? Il serait difficile de le dire; parce que l'étude de la *condictio* est formée d'un tel enchevêtrement de problèmes complexes et obscurs, qu'il paraît impossible d'en aborder utilement un seul, envisagé séparément des autres.

On remarquera, par exemple, que toute l'argumentation de M. De Visscher repose sur ce postulat, que la *condictio* formulaire aurait emprunté à la *legis actio per conductionem*, le caractère d'un *modus agendi* abstrait.

Or le caractère abstrait de la *condictio* formulaire est déjà une énigme. Car lorsque la formation du contrat judiciaire entre les plaideurs est enregistrée dans la formule du prêteur, une rédaction abstraite de cette formule, en élaguant de la procédure *in iure* toute allusion à la cause de la demande aurait pour conséquence d'abandonner au bon sens de l'arbitre privé siégeant *in iudicio*, l'appréciation des causes de nature à légitimer la demande.

S'il est déjà difficilement explicable que, dans le système formulaire, l'allégation de la cause de la demande fut reportée *in iudicio*, n'est il pas tout à fait inadmissible qu'il en fut ainsi dans le système rigide des *legis actiones*?

Chaque catégorie de *legis actiones* avait un rituel propre, qui ne se différenciait pas suivant la cause de la demande mais qui réservait une place à la mention de la cause de la demande; car il ne faut pas oublier que les *legis actiones* étaient destinées à provoquer la formation sous le contrôle de l'autorité, *in iure*, d'un contrat judiciaire ou plus exactement d'un contrat d'arbitrage; et l'on ne conçoit pas un compromis qui fixerait l'objet de la demande en s'interdisant toute allusion à la cause de cette demande. Pour chaque application particulière d'une *legis actio*, la cause de la demande devait être insérée dans le rituel, en employant les termes mêmes de la loi qui consacrait la légitimité de cette cause de demande (*ipsarum legum verbis accomodata*). Comme à l'époque primitive les textes légaux étaient rares (surtout si l'on tient la loi des XII tables pour légendaire), c'était en réalité aux termes consacrés par la coutume qu'il fallait adapter le rituel des *legis actiones*. On sait que, en conservant le secret de ces formules légales ou coutumières consacrées, les pontifes ont réussi à s'assurer une influence prépondérante sur le développement du droit appliqué. Et la valeur pratique considérable de *l'interpretatio* des pontifes est attestée par le prix que la légende attache à la divulgation (soit par Cn. Flavius, soit par Tib. Coruncanius, soit par Sex. Aelius) de toutes les adroites et ingénieuses combinaisons de textes par lesquelles les pontifes avaient réussi à multiplier les causes de demandes sanctionnées par les *legis actiones*.

Vraiment est-il possible de concilier avec toute l'économie de ce système, une forme de *legis actio*, dans laquelle il n'y aurait eu aucune place pour l'insertion d'une cause de demande *ipsarum legum verbis accomodata*?

G. CORNIL,
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES.

COMPTE-RENDU.

G. Constant, *La légation du Cardinal Morone près l'Empereur et le Concile de Trente* (avril-décembre 1563). *Bibl. Ec. des H^{tes} Et. Sciences historiques*. Vol. 233. Paris 1922, LXV, 607 p. (H. Champion).

Ce livre est une contribution importante à l'histoire de l'Eglise et de son droit. Il jette une vive lumière sur l'achèvement de la réforme disciplinaire entreprise au concile de Trente.

A la mort du cardinal de Mantoue (mars 1563) le concile était dans un grand désordre. Les questions de la résidence et de l'institution des évêques divisaient irréductiblement les Pères. Sur aucun point, l'accord ne pouvait se réaliser.

Seul, Morone était en mesure de rétablir la paix. C'est à lui que Pie IV donna la croix de légat et la présidence de l'assemblée.

D'abord, il s'appliqua à rassurer, puis à désagréger le groupe des réformateurs agités dont le cardinal de Lorraine était le chef. De l'empereur, il obtint plus tard toutes les concessions désirables, en échange de quelques promesses. Il réussit à diviser les Espagnols et les Français, à gagner le cardinal de Lorraine. Désormais, il lui était facile de diriger l'assemblée, de résoudre par des compromis les questions difficiles. Enfin, il sut, avec la même habileté, clore le concile sans soulever aucune colère.

De toute cette activité religieuse et diplomatique, les preuves nous sont demeurées dans les Archives du Vatican, qui gardent les papiers de Morone.

M. Constant publie ces documents, en trois parties: Préliminaires de la légation de Morone (p. 1—30). — La légation de Morone près l'Empereur (p. 31—136). — La légation de Morone près le concile de Trente (p. 137—440).

Puis, dans un appendice, il reproduit de nombreux documents destinés à compléter les renseignements fournis par la correspondance de Morone et qui éclairent, notamment, la conduite du cardinal de Lorraine.

Tous ces textes, qui présentent le plus haut intérêt pour l'histoire de la Réforme catholique, sont publiés d'après les meilleures méthodes et accompagnés de notes nombreuses, substantielles, d'une précision parfaite.

GABRIEL LE BRAS.

SOCIÉTÉS SAVANTES.

SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DU DROIT (PARIS).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DU 22 OCTOBRE 1922.

M. le Président fait l'éloge de M. Guilhiermoz, décédé depuis la dernière séance, en juin, et dont la perte est vivement ressentie par tous ceux qui s'intéressent à l'histoire du droit, en particulier par notre Société.

M. le Président rend compte ensuite des travaux et de la marche de la Société pendant l'année écoulée. Malgré trois décès et une démission, le nombre des membres est passé de 104 à 121.

M. Génestal, trésorier, présente ensuite le compte rendu de l'exercice financier. Les comptes sont approuvés à l'unanimité.

M. Espinas rend compte des travaux de la commission des chartes de franchises, qui se poursuivent dans de bonnes conditions. Une nouvelle impression de fiches est devenue nécessaire.

Il est ensuite procédé au vote pour le renouvellement du tiers sortant du Comité. Les trois membres sortants sont réélus.

Enfin M. Champeaux fait connaître qu'à Strasbourg, M. Kiener, professeur à la Faculté des Lettres, va entreprendre une série d'études de droit alsacien. Il viendra à la Faculté de droit faire une dizaine de cours d'introduction à l'étude du droit et des institutions de l'Alsace.

M. le Président souligne tout l'intérêt que présente cette collaboration des Facultés des Lettres et de Droit, et émet le souhait que cet exemple soit imité.

SÉANCE DU 14 DÉCEMBRE 1922.

M. Batcave donne lecture de la première partie d'une communication sur *Une forme de propriété indivise de familles: la source salée de Salies de Béarn.*

Les habitants de Salies de Béarn se déclarent propriétaires, à titre particulier de familles, de la fontaine salée de leur ville.

Quelle peut être l'origine de cette propriété? On dit qu'elle a été telle de toute ancienneté, qu'elle est un franc-allen. Or les anciens titres montrent que les seigneurs de Béarn (qui ont conservé des droits sur l'eau salée jusqu'à la Révolution sous le nom des successeurs de Henri IV), concédaient, dès le ^x^e siècle, des dons de sel à des monastères, alors qu'il n'est jamais question de donations semblables faites par la communauté, qui se manifeste à ce titre seulement depuis 1264. L'acte le plus ancien la concernant, est la charte de 1331, par laquelle Gaston VII affranchit maisons et domaines, en les dotant du for de Morlaas, charte de coutumes, moyennant paiement d'une somme importante, dont la quittance finale fut donnée en 1395. La portée de ce document a été étrangement déformée, dans l'esprit des intéressés. On y a trouvé dation de franchise, d'allodialité pure, exonération de droits, y compris ceux de lods et ventes, tout en reconnaissant que les Salisiens étaient de simples censitaires. Déjà, en 1344 et 1345, à l'occasion du serment prêté par eux à Gaston VIII, dit Phœbus, les légistes signalaient le caractère précaire de

cet affranchissement, non valable comme étant un démembrement du domaine inaliénable de la vicomté. En réalité, la propriété de la source, qui coule sur le domaine public, ne repose sur aucun acte connu. Elle a vraisemblablement pour origine une concession à la communauté même.

En effet, l'administration communale a de tout temps géré l'exploitation de cette fontaine, comme un bien de commune, avec les modalités que comporte la nature même de ce bien. Un règlement du 11 novembre 1587, charte encore aujourd'hui observée, est une délibération de la communauté entière, assemblée. Il peut se résumer ainsi: Tout chef de maison marié a droit au compte d'eau salée, c'est-à-dire à une part d'eau, soit en nature, soit en argent. Les locataires et les cadets mariés ont pareil droit. Le fils aîné, et, faute de garçons, la fille aînée, ont droit de partager par moitié avec le chef de famille. La fille aînée, mariée à un étranger, a droit à un demi compte, la femme veuve à un demi compte pendant le veuvage. La jouissance de ce droit est subordonnée au fait d'être *voisin* ou bourgeois de la ville, habitant l'enceinte ou l'enclos tout comme en matière de bourgeoisie communale. De même aussi sont exclues les personnes en service. La veuve, non salisienne, d'un „voisin”, n'a droit à un demi compte que pendant l'année de viduité.

M. Chénon présente quelques remarques concernant l'affranchissement de 1331. — Suite de cette communication sera donnée par M. Batcave dans la séance de janvier.

M. Fournier signale la publication récente de deux beaux volumes, intitulés *Cartulaire de Mirepoix*, qui sont dus à M. F. Pasquier, archiviste honoraire de la Haute-Garonne. Cet ouvrage est formé, d'abord d'un recueil, qui constitue un cartulaire, ensuite de pièces complémentaires, tirées des archives du château de Lérans, appartenant à M. le duc de Lévis-Mirepoix. L'introduction remplit le tome 1^{er}; on y trouve l'histoire de la terre de Mirepoix, du x^e au xvi^e siècle, une ample étude des institutions de cette terre, à la même époque, un glossaire des mots empruntés à la langue vulgaire, et des tables facilitant l'usage des documents. Ceux-ci sont contenus dans le second volume; ils appartiennent à une période qui s'étend de 1217 à 1377. M. Fournier fait ressortir le grand intérêt de cette publication, aussi bien pour l'histoire du droit public, que pour celle du droit privé, et aussi pour l'histoire économique. A titre d'exemple, il signale plusieurs documents qui méritent d'attirer particulièrement l'attention, et, parmi ces documents, les lettres de Philippe de Valois (déjà publiées dans *l'Histoire générale du Languedoc*), autorisant les Lévis, en vue d'éviter le morcellement de leurs héritages, à les placer sous l'empire du droit écrit, et non plus de la coutume de Paris, qui les avait régis depuis la concession faite par Simon de Montfort à leur auteur.

SÉANCE DU 11 JANVIER 1923.

M. Collinet, dans une communication sur *l'Enseignement du Droit à l'Ecole de Beyrouth*, la plus célèbre des Ecoles de Droit pré-Justinienne, s'attache à découvrir quels ouvrages servaient de base à l'enseignement du droit, le programme de cet enseignement, si on peut le reconstituer, étant de nature à nous éclairer sur la méthode suivie par les compilateurs du Digeste. Les recherches sur cette question ont subi un rebondissement depuis 1913, date de la publication de la brochure de Hans Peters: *Les travaux Orientaux sur le Digeste de Justinien*. La découverte d'interpolations, de plus en plus nombreuses, dans le Digeste, soulève la question de savoir comment les compilateurs ont pu venir à bout, en aussi peu de temps, — moins de trois ans, — du travail si considérable que supposent toutes ces interpolations.

Le système de Bluhme, qui remonte à 1820, n'a pas encore été ébranlé par les travaux plus récents. Mais ce système des „trois masses” (sabinienne, édictale, papinienne), s'est trouvé juste, en quelque sorte, par hasard (c'est de

l'étude de deux titres seulement du Digeste que Bluhme l'a déduit); et il faut essayer de le justifier. Des textes, découverts depuis 1820, permettent de tenter cette justification à l'aide d'arguments nouveaux.

M. Collinet estime que les recherches doivent se proposer pour but de déterminer: 1^o — Quel était le programme des études dans les écoles anté-justiniennes, et spécialement dans la principale d'entre elles, celle de Beyrouth? 2^o — Comment les compilateurs se sont comportés devant les productions de leurs prédécesseurs. La première question, seule, sera examinée dans la présente communication, destinée à appuyer les idées présentées à Oxford.

La constitution *Omne*, § 1^{er}, nous apprend que le cycle des études comprenait quatre années, et elle nous fait connaître l'objet de l'enseignement pendant ces quatre années. Mais elle n'indique pas d'après quels ouvrages le droit était étudié, et c'est précisément ce que nous voudrions découvrir.

En première année on étudiait les *Institutes* de Gajus et les *quattuor libri singulares* (dot, tutelle, testaments et legs). M. Collinet estime, avec Krueger, que l'étude de ces matières particulières se faisait d'après les *Libri ad Sabinum* d'Ulpien, ainsi qu'on peut l'induire des *scolies* grecques, connues sous le nom de *Fragments du Sinait*, et qui proviennent sans doute de l'école de Beyrouth.

Le programme de la seconde année portait sur une partie des matières comprises sous les rubriques générales de la *Prima pars legum*, puis de *judiciis* et de *rebus*. L'enseignement devait être donné d'après les *Libri ad edictum* d'Ulpien. En effet, le fragment de *judiciis*, de Berlin, qui est du début du VI^e siècle, nous montre qu'à cette date, la partie des *Libri ad edictum* d'Ulpien, relative à ces matières, était encore recopiée: ce qui s'explique aisément, si, comme le pense M. Collinet, cet ouvrage était la base de l'enseignement. D'autre part, trois des professeurs bérytiens du V^e siècle ont étudié les *Libri ad edictum* d'Ulpien.

En troisième année, on étudiait, d'une part le surplus de la *pars de judiciis* et de la *pars de rebus* (pour lesquelles il y a lieu d'appliquer la même observation) et en outre, huit livres (sur dix-neuf) des *Responsa* de Papinien.

En quatrième année, il n'y avait pas de cours, les étudiants travaillaient par eux-mêmes, sur les *Responsa* de Paul.

Tel était le plan des études. Mais le problème le plus important est de savoir dans quelle forme matérielle se présentaient les ouvrages de la jurisprudence antique, entre les mains des étudiants.

La constitution *Omne* nous apprend que les matières du programme étaient contenues dans six volumes (*libri* ou *volumina*). Comment y étaient-elles réparties? En groupant les indications fournies par cette constitution et les résultats obtenus précédemment, on arrive au tableau suivant: 1^o. *Institutiones Gaii* et *libri singulares quattuor* (*Libri ad Sabinum* d'Ulpien): — 2^o *Ia Pars legum*; — 3^o *Pars de judiciis*; — 4^o. *Pars de rebus* (*Libri ad edictum* d'Ulpien); — 5^o *Responsa Papiniani*; — 6^o *Responsa Pauli*.

Les œuvres des jurisconsultes n'étaient pas étudiées dans toute leur étendue, mais partiellement. Toutefois, ces œuvres étaient reproduites *in extenso* dans les *libri* scolaires, comme le montre par sa souscription, le fragment de Berlin de *judiciis*.

M. Collinet pense que nous avons dans les *sex libri*, la base que Bluhme ne nous a pas donnée pour son système des trois masses.

Y avait-il une cinquième année d'études consacrée aux constitutions? La majorité des auteurs est pour la négative. M. Collinet estime, avec Kuebler, qu'il y a de bons arguments pour l'affirmative. Il y a aujourd'hui un texte décisif en ce sens: c'est la *Vie syriaque de Sévère*, qui atteste précisément que les *priores*, c'est-à-dire les étudiants les plus distingués, poursuivaient leurs études après la quatrième année. Justinien, de son côté, emploie la même expression *priores*, dans la constitution *Imperatoriam*, qui atteste, elle aussi, l'existence après le *quadriennium*, d'une cinquième année d'études réservée aux constitutions impériales. Cet enseignement présentait un double caractère: il était facultatif, et

il était donné, non pas du haut de la chaire, mais sous la forme que nous appelons aujourd'hui „conférences” (*ἀναγνώσματα ἰδία*), impliquant collaboration du maître et des élèves.

M. Batcave donne lecture de la deuxième partie de sa communication sur la *Propriété indivise de la source salée de Salies de Béarn*.

L'exploitation de cette source est réglementée et dirigée d'abord par les seuls officiers municipaux qui, au XVIII^e siècle, ont été aidés par des représentants de l'assemblée communale de quarantaine élue par tous les intéressés ou part-prenants, hommes ou femmes, sur l'autorisation du commissaire départi. Formés en conseil, ils sont juges amiables de la question de savoir qui a la qualité de part-prenant. Comme en matière communale, les officiers municipaux doivent vendre en adjudication publique, les comptes ou portions d'eau salée destinés à payer les charges communales ou autres. Tous frais déduits, l'eau est répartie entre les habitants, soit en nature, soit en argent, et sous cette forme, un compte rapportait 304 livres en 1792, 265 francs en 1814. Comme en matière de biens communaux, tout se passe sous la tutelle du Parlement de Navarre, ou du commissaire départi, jaloux l'un de l'autre.

Quelle est la nature juridique des droits des Salisiens? Ce n'est pas assurément un droit de propriété, plein et entier. On ne connaît jamais tous les propriétaires actuels de la source. En effet, comme en matière de bourgeoisie communale, le droit qui se perd, durant l'absence d'une famille ayant quitté Salies, renaît par le retour d'un représentant de cette famille. De par les statuts, le conseil d'administration a simplement un droit de gérer. Il peut déléguer les revenus, mais il ne peut hypothéquer valablement, car, comment réaliser le gage contre des propriétaires pouvant se manifester d'un jour à l'autre? Ce n'est ici ni un droit d'usage, ni un droit d'usufruit, mais une sorte de droit réel, immobilier, se rapprochant du droit de propriété, en dehors du Code civil, comme il s'en manifeste quelques exemples dans la région avoisinante et dans d'autres parties de la France.

Cette propriété a été d'abord celle des habitants de l'enceinte primitive, le bien communal de quelques particuliers, de la majorité des Salisiens pendant longtemps, transformée en propriété privée, parce qu'on a perdu de vue son origine et son développement. Il existe, en effet, des biens communaux particuliers à une indivision d'habitants d'une commune, dont il n'est guère aisé, aujourd'hui, de connaître le point de départ.

Certains actes de l'autorité, au XVIII^e siècle, ont reconnu cette forme de propriété privée indivise de plusieurs familles. Au XIX^e siècle, l'autorité publique l'a considérée sous le même point de vue. Elle a respecté le règlement de 1587, charte primitive, avec ses adjonctions: les arrêts du Conseil d'État du 12 décembre 1739, et du 12 mai 1743. Par une série de dispositions, dont la dernière est le décret du 18 décembre 1876, elle a reconnu cette propriété, en l'affranchissant de la tutelle administrative, créée par l'ancien régime. Mais un tel organisme, non doté d'un statut légal, est vraiment trop imparfait pour se prêter aux opérations habituelles de l'exercice du droit de propriété.

M. Génestal donne lecture d'une note de M. Blum, complétant les remarques présentées par ce dernier, dans la précédente séance, à la suite de la communication de M. Paul Fournier, sur le *Cartulaire de Mirepoix*. M. Blum signale un texte, qui atteste, sur un autre point, le recul du droit parisien dans le midi de la France. Ce texte, relatif à l'érection de la seigneurie de Castres en comté, en 1356 (Galland, *Traité du Franc-alleu*, Paris, 1637, p. 166), contient une clause, d'après laquelle cette seigneurie, qui, jusqu'alors, était régie par la coutume de Paris, le sera désormais par la coutume d'Anjou, *in casibus successionum et partagiorum*. M. Blum signale, en même temps, une falsification apportée à ce texte, et destinée à faire croire que le comté de Castres avait été toujours, et en tout, soumis à la coutume d'Anjou, de façon à effacer toute trace, dans le passé, de la coutume de Paris.

SÉANCE DU 8 FÉVRIER 1923.

Le Président, M. Paul Fournier, fait l'éloge de M. Georges Digard, décédé le 22 janvier. Ancien élève de l'Ecole des Chartes, ancien membre de l'Ecole française de Rome, notre confrère était professeur d'histoire du moyen-âge à la Faculté libre des lettres de Paris. Il a collaboré avec MM. Faucon et Antoine Thomas à la publication des registres de Boniface VIII, dans laquelle il a eu une très large part, et il travaillait depuis de longues années à une histoire de ce pontificat. Malheureusement, par un excessif souci de la perfection, il n'a pu conduire cette œuvre à son terme, et il laisse seulement, outre sa thèse justement remarquée de doctorat en droit sur la puissance paternelle, un certain nombre d'études, parues dans la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, entre autres celle sur la *Papauté et l'étude du droit romain au XIII^e siècle*.

M. le Président rend également hommage à la mémoire d'un autre de nos confrères, décédé aussi pendant le mois de janvier, M. Claude-Noël Desjoyeaux, qui s'était fait connaître par son histoire de la *Fusion monarchique*. Notre confrère s'était attaché à l'étude de certaines questions d'histoire du droit public, en particulier à celle du sacre.

M. Roger Grand entretient la société d'*Un sens peu connu du mot désaveu en droit coutumier: le désaveu de communauté familiale par devant l'échevinage*¹⁾.

M. Guébin donne une communication sur les *Confiscations pour rupture d'hommage dans le comté de Poitiers, à l'occasion de la révolte de 1242*. Elles eurent pour cause le défi de Hugues de Lusignan, comte de la Marche, contre son suzerain Alphonse, comte de Poitiers, et la révolte à main armée d'une partie de la noblesse poitevine. Opérées dès 1242, grâce à l'intervention militaire de saint Louis, elles frappèrent plusieurs centaines de personnes, et s'étendirent sur une profondeur de deux cents kilomètres, depuis Le Blanc jusqu'à l'Océan, procurant des ressources économiques très variées au comte de Poitiers, dont elles triplèrent les revenus. Pour l'exploitation, l'administration alphonseine se substitua exactement aux anciens vassaux, dont les budgets seigneuriaux nous sont ainsi connus. M. Guébin étudie successivement l'attitude des nouveaux agents domaniaux, les doléances des administrés, les réclamations des ayants droit, les revendications des seigneurs condamnés, le rôle du comte et de son conseil. Alphonse de Poitiers reconnut généralement les contrats des anciens possesseurs, il laissa parfois ces derniers devenir les propres fermiers de leurs biens, payer des rançons pour recouvrer leurs terres (*redemptiones terrarum forefactarum*), porter leurs plaintes devant ses enquêteurs réformateurs (dont M. Pierre Fournier, archiviste de la Haute-Loire, est chargé de publier les actes dans la Collection des *Documents inédits*); une clause de son testament prévoit même certaines restitutions limitées. En fait, l'opération de 1242 assura au comte de Poitiers, et à ses successeurs les rois de France, de durables profits. Profits moraux: la pacification rapide de la région, par l'humiliation des coupables, dont la situation rappelle, par plusieurs traits, celle des condamnés pour hérésie. Profits territoriaux: formation de la prévôté de Montmorillon, annexion des „forfaitures” poitevines au domaine. Profits financiers: ruine de nombreuses familles seigneuriales, qui vont chercher près du roi d'Angleterre une indemnité et un asile. Les vicissitudes du fief de Sonnevillle prolongent jusqu'au quatorzième siècle l'influence des confiscations de 1242.

¹⁾ On trouve le résumé de la communication de M. Roger Grand à la page 472 du tome IV de notre revue.

LES MAUVAIS ÉTUDIANTS EN DROIT DANS L'HISTOIRE *)

PAR

P. HUVELIN (LYON).

Quand j'étudie, comme j'aime à le faire, la vie des artistes, des écrivains, des poètes qui ont honoré l'humanité, je m'étonne de constater combien il se rencontre parmi eux d'étudiants en droit manqués. Je remarque que d'excellents esprits se sont penchés vers le droit, pour s'en détourner aussitôt, avec des paroles amères. Des génies authentiques, „nouvellement sevrés du rude lait des lois”¹⁾, ont maudit leur nourrice. On dirait que les biographes se sont donné le mot, tant ils répètent d'identiques formules pour expliquer que certains aliments indigestes révoltent les estomacs délicats. „Il fit son droit, dit l'un, *mais* il ne put s'y plaire...” „On le destina au barreau, reprend l'autre, et il fréquenta un temps l'Ecole, *mais*, comme de juste, il ne persévéra pas...” — „Il fit son droit, *mais*...” : ce *mais* revient, implacable, dans le récit des adolescences prédestinées. Ce *mais* y résonne comme un leit-motiv obsédant, marquant en quelque sorte la réaction salutaire d'une âme qui s'affranchit, et un degré de son assomption vers des vocations supérieures. Vous l'avez rencontré comme moi, ce *mais* offensant, sans y prendre garde peut-être. Pour moi, j'en ai subi la hantise. J'ai donc cru qu'il valait la peine de le considérer, et de philosopher à son sujet.

*) Communication faite au Ve Congrès International des Sciences historiques, à Bruxelles.

¹⁾ C'est un vers de Pierre de Brach, dans son *Hymne de Bordeaux*, dédié à Ronsard. Voy. Stapfer, *La famille et les amis de Montaigne*, Paris, 1896, p. 240.

L'incompatibilité qu'il paraît attester entre la carrière juridique et le talent remonte aussi haut, semble-t'il, que l'enseignement du droit lui-même. L'antiquité nous en fournirait des exemples ¹⁾. Le Moyen âge et les temps modernes en offrent à foison. Je ne prétends pas les épuiser, tant s'en faut. Je n'en veux glâner que quelques uns, choisis parmi les plus caractéristiques ²⁾.

Pétrarque, voué par son père à l'étude du droit, passa, pour lui obéir, quatre années à l'Université de Montpellier, et trois années à celle de Bologne (1318—1325). Il eut, dans cette dernière, une chance inouïe. Un de ses maîtres, Jean d'André, se faisait suppléer par sa fille Novella, et Novella était si aimable qu'on avait dû, au dire de Christine de Pisan, tendre un rideau devant la chaire où elle montait, pour épargner aux étudiants d'inévitables distractions ³⁾. Or Pétrarque, malgré cette fortune unique, bien faite pour attendrir un coeur sensible à la beauté, ne se laissa pas séduire. Faut-il incriminer le malencontreux rideau? Je sais bien que, devenu vieux, le poète eut quelques paroles courtoises pour ses maîtres. Il les qualifia même de „divins” ⁴⁾. Mais son indulgence ne s'étendit pas à leur enseignement. Racontant ses années d'étude: „J'ai perdu ces sept années, écrit-il mélancoliquement, plus que je ne les ai vécues...” Il ajoute ailleurs: „Ce n'est pas que la majesté des lois me déplût. Elle est grande, sans nul doute, et pleine de cette antiquité romaine qui me charme. Mais l'usage en a été corrompu par la malice humaine. Aussi avais-je de la répugnance à apprendre une science dont je ne voulais pas me servir malhonnêtement, dont je pouvais à peine me servir honnêtement, et avec laquelle,

¹⁾ Voy. p. ex. Cicéron, *Pro Murena*, 13, 28.

²⁾ On s'étonnera peut-être de certaines exclusions. Ainsi, je n'ai guère fait état du témoignage de Dante. Mais il paraît établi aujourd'hui que Dante n'a pas fait d'études juridiques régulières. Cf. Chiappelli, *Dante in rapporto alle fonti del diritto e alla letteratura giuridica del suo tempo*. *Arch. storico italiano*, XLI, 1908; Chiaudano, *Dante e il diritto romano*, Firenze, 1912.

³⁾ Christine de Pisan, *La cité des dames*, 2^e Partie, c. 36.

⁴⁾ Petrarca, *Lettere senili*, X, 1 & 2; XIV, I. En général, voy. Francesco Lo Parco, *Francesco Petrarca allo studio di Montpellier (Rendiconti della reale Accademia dei Lincei, Cl. d. Sc. morali, storiche e filologiche, ser. V, t. XXIII, 1915, pp. 419—453)*; Mézières, *Pétrarque*, 1868; P. de Nolhac, *Pétrarque et l'humanisme*, Paris, 1892, pp. 12 - 13; 34, 35.

si j'avais été honnête, on eût attribué ma probité à l'ignorance" ¹⁾).

Plus heureux que Pétrarque, l'Arioste consacra seulement cinq années à l'apprentissage juridique (1499—1504). Ç'en fut assez, cependant, pour qu'il marquât au droit une rancune tenace. Dans sa septième Satire, il déplore le temps gaspillé à compulser des textes et des gloses, et l'aveuglement de son père, qui le poussait à cette besogne ingrate, „sinon à coups d'éperons, du moins à coups d'épée et de lance" ²⁾. Voilà un père qui ne manquait pas de caractère. A moins que le narrateur n'ait un peu exagéré? Avec ces poètes, on ne sait jamais . . .

Mais, si vives que paraissent ces récriminations, elles le cèdent en vivacité à celles du Tasse. Celui-ci eut toute sa vie la manie de la persécution. A l'en croire, son père fut son premier bourreau, en le forçant à étudier le droit et la scolastique à l'Université de Padoue ³⁾, et en lui interdisant de faire des vers. L'interdiction resta lettre morte. L'étudiant continua à rimer, mais en cachette, et tout en se pliant, de mauvais gré, aux exercices de l'Ecole. Aussi, dans son poème de *Rinaldo*, composé au cours de sa dix-septième année, se répand-il en lamentations pathétiques: „C'est ainsi, soupire-t'il, qu'en me jouant, je faisais retentir les amours et les douces peines de Renaud, dans le quatrième lustre de mes vertes années, quand je dérobaïs les heures à d'autres études, desquelles je tirais l'espoir de réparer les torts de la for-

¹⁾ Petrarca, *Lettere senili*, XVI, I (Trad. Fracassetti, Firenze, 1869, II, p. 458); *Epistola ad posteros* (*Epistolae de rebus familiaribus*, éd. Fracassetti, I, 1859, p. 5). Je m'inspire de la traduction de Mézières, *op. cit.*, p. 10. Notons que Boccace étudia aussi le droit pendant cinq ou six ans. „Tout cela me déplaisait à tel point, dit-il, qu'en dépit de la science de mes maîtres et des objurgations de mon père, qui me pressait par de continuels messages, ni gronderies ni prières ne purent me faire prendre goût à cette carrière. Seule la poésie avait mon affection". Hauvette, *Boccace*, 1914, p. 23.

²⁾ Ariosto, *Sat.*, VII, vv. 157—162:

Mio padre mi caccio con spiedi e lancia,
non che con sproni, a volger testi e chiose,
e m'occupo cinque anni in quella ciancie.
Ma poiche vide poco fruttuosa
l'opere, ed il tempo in van gittarsi, dopo
molto contrasto, in libertà mi pose.

³⁾ Il y eut pour maître le célèbre Guido Panciroli.

tune ennemie... : études ingrates, dont le poids m'accable, où je gémis inconnu aux autres, et à charge à moi-même..."¹⁾.

Vers le même temps, des écoliers de France subissaient pareille épreuve. Ils la prenaient moins au tragique, mais, tout de même, au sérieux. Je songe surtout à deux penseurs, presque contemporains du Tasse, qui, si différents qu'ils fussent d'humeur et de doctrine, s'accordèrent à honnir la discipline juridique. J'ai nommé Calvin et Montaigne. Le premier entendit les leçons de Pierre de l'Estoile à Orléans, et d'Alciat à Bourges²⁾; le second entendit probablement celles de Cujas à Toulouse³⁾. L'un était trop déférent, et l'autre trop nonchalant pour désobéir formellement aux ordres paternels. Mais ils gardèrent l'un et l'autre l'indépendance de leur jugement. „Je fus mis, racontait plus tard le réformateur⁴⁾, à apprendre les loix, auxquelles combien que je m'efforçasse de m'employer fidèlement pour obéir à mon père, Dieu toustefois par sa Providence secrète me fait finalement tourner bride d'un austre costé." Quant au moraliste, son scepticisme le préserva de tout éclat. Il conserva le sourire, mais en s'armant d'une ironie plus incisive que toutes les indignations. Qu'on se rappelle, en effet, ce dernier chapitre des *Essais* qui passe au crible les lois, la jurisprudence et la doctrine tout ensemble. La conclusion tient dans une anecdote: „Le roy Ferdinand, envoyant des colonies aux Indes, prouveit sagement qu'on y menât aucuns escholiers de la iurisprudence, de crainte que les procez ne peuplassent en ce nouveau monde, comme estant science, de sa nature, génératrice d'altercation et division: iugeant avecques Platon que „c'est une mauvaise provision de pais que iurisconsultes et medecins""⁵⁾. Montaigne prenait bien sa revanche de la contrainte qui l'avait „plongé tout enfant iusqu'aux oreilles" dans la jurisprudence!

¹⁾ Tasso, *Rinaldo*, XII, 90.

²⁾ Il paraît même qu'il monta une cabale contre Alciat. Calvin „chahuteur", qui l'eut cru? Voy. pourtant Doumergue, *Vie de Calvin*, 1899, pp. 114; 143—145; 195—196.

³⁾ P. Villey, *Les sources et l'évolution des Essais de Montaigne*, I, 1908, p. 42; cf. p. 245; p. 277.

⁴⁾ Calvin, *Opera*, XXXI, p. 22.

⁵⁾ Montaigne, *Essais*, III, 13.

La dispute entre Thémis et les Muses, comme auraient dit les beaux esprits du temps, se poursuivit au XVII^e siècle: et aussi les malentendus entre les pères obstinés et les fils récalcitrants. Je ne veux insister ni sur le cas de Corneille, ni sur celui de Molière, ni sur celui de Racine ¹⁾, ni sur celui de La Bruyère ²⁾. Je rappellerai seulement les épreuves de Boileau. Le pauvre Nicolas avait été condamné au barreau, lui aussi; et, comme ses devanciers, il ne prenait goût ni aux grimoires des légistes, ni, surtout, à ce qu'ils appelaient leur pratique. Le désespoir le jeta dans une école de théologie. Il n'avait pas pensé que la théologie est soeur du droit. Le plus pompeux de ses panégyristes atteste la surprise qu'il éprouva en retrouvant chez les théologiens „la chicane, qui n'avait fait que changer d'habit” ³⁾. Cette expérience malheureuse nous vaut sans doute la description pittoresque, dans le *Lutrin*, de ce vieil Infortiat

Grossi des visions d'Accurse et d'Alciat,
Inutile ramas de gothique écriture
Dont quatre ais mal unis formoient la couverture
Entourée à demi d'un vieux parchemin noir
Où pendoit à trois clous un reste de fermoir... ⁴⁾.

Boileau l'avait certainement contemplé, cet accablant instrument de travail, — ou de torture! Je n'ose décider s'il l'avait employé comme

¹⁾ Racine traduit ses sentiments pour le droit dans ce passage de la Préface des *Plaideurs* où il répond aux critiques qui l'accuseraient „d'avoir fatigué leurs oreilles de trop de chicane”. „C'est, dit-il, une langue qui m'est plus étrangère qu'à personne; et je n'ai employé que quelques mots barbares que je puis avoir appris dans le cours d'un procès que ni mes juges ni moi n'avons jamais bien entendu”.

²⁾ Cf. M. Lange, *La Bruyère critique des conditions et des institutions sociales*, Paris, 1909, pp. 2—3; 140; 288—302; 348—370.

³⁾ De Boze, *Éloge de Boileau (Mémoires de l'Académie des Inscriptions, III)*. Recueillons également le témoignage de Des Maizeaux, dans la *Vie de Mr. Boileau-Despréaux*, qu'il a placée en tête de son édition des *Oeuvres* de Nicolas Boileau, Dresde, 1767, p. 13: „Les obliquités de la chicane ne convenoient point à sa candeur naturelle: il ne put s'accommoder d'une Science qui roule sur des Equivoques perpétuelles, et où l'on se trouve souvent obligé de revêtir le Mensonge des Caractères de la Vérité”.

⁴⁾ Boileau, *Le Lutrin*, chant V, vv. 203—208. Les vers 107 et sqq. du Chant III, 34 et sqq. du Chant V, attestent d'ailleurs les sentiments que l'art juridique inspirait au poète. Cf. Lange, p. XXIV.

un oreiller pour ses sommes, ou comme un pupitre pour ses vers.

Je ne retiendrai pour mon palmarès des mauvais étudiants en droit que deux noms du XVIII^e siècle ¹⁾. Il est vrai qu'ils sont d'importance. Il s'agit de Montesquieu et de Goethe.

Pour Montesquieu, président au Parlement de Bordeaux, et auteur de l'*Esprit des Loix*, il semble que j'exagère: autant vaudrait, apparemment, incriminer Blackstone ou Pothier. Ne nous y trompons pas, pourtant. Mr. le Président de Montesquieu n'avait point ce que d'aucuns appellent encore le „sens juridique”; ou, du moins, il avait trop de „sens”, tout court, pour avoir ce sens là. Il en fait l'aveu avec humilité. Ce précurseur cherchait dans les Infortiats et dans les Coutumiers ce qui ne s'y trouve guère, et ce qu'on défendait alors d'y chercher. „Au sortir du collège, écrit-il ²⁾, on me mit dans les mains des livres de droit. *J'en cherchai l'esprit*. Je travaillai; je ne faisais rien qui vaille...” Par contre, il n'avait aucun goût pour les procès, détestait la basoche, regardait les avocats avec méfiance, et les sollicitateurs avec mépris ³⁾. „Quant à mon métier de Président, écrit-il encore, j'ai le coeur très droit; je comprenais assez les questions en elles-mêmes. Mais quant à la procédure, je n'y entendois rien. Je m'y suis pourtant appliqué. Mais ce qui me dégoûtoit le plus, c'est que je voyois à des bêtes le même talent qui me fuyoit pour ainsi dire”. Vraiment, je n'ai pas tort de ranger Montesquieu parmi les mauvais étudiants en droit. Je consens à lui accorder un satisfecit, pour son zèle. Mais je dois reconnaître qu'il n'était pas doué.

Goethe ne le fut pas davantage, avec une application moindre ⁴⁾. Les pères sont incorrigibles. Le conseiller impérial Goethe avait

¹⁾ J'abrège. J'aurais pu mentionner, parmi les ratés de l'enseignement juridique aux XVI^e, XVII^e, et XVIII^e siècles, des hommes comme Luis de Gongora, Estevan Manuel de Villegas, Descartes, Lesage, Edward Yung, D'Alembert, David Hume, Wackenröder, G. A. Bürger, William Cowper, Pestalozzi, Robert Southey, etc.

²⁾ Montesquieu, Lettre au grand Prieur de Solar, 7 Mars 1749 (*Correspondance* de Montesquieu, publiée par Gebelin et Morize, Paris, 1914), II, p. 147. Cf Barckhausen, *Montesquieu, ses idées et ses oeuvres*, Paris, 1907, pp. 14—15.

³⁾ Sorel, *Montesquieu*, Paris, 1887, p. 8.

⁴⁾ Sur Goethe juriste, voy. la bibliographie citée par Goedeke-Goetze, *Grundriss der Geschichte der deutschen Dichtung*, IV, 2, 3^e éd., 1910, pp. 3—8, et p. 194.

statué que son fils ferait son droit. Il l'inscrivit à l'Université de Leipzig, de 1765 à 1768, puis à celle de Strasbourg en 1770. Mais le jeune Johann Wolfgang n'y travailla que bien juste assez, — il l'avoue, — pour obtenir „sa promotion, avec quelques honneurs”¹⁾. Il réserva aux sciences, aux arts, à la littérature, à la philologie, le meilleur de lui-même. S'il toléra les leçons de Boehme et d'Engelbach, il n'y apporta aucun enthousiasme. Il en comparait la substance à cette „bière de Mersebourg, qui commence par vous donner la chair de poule”, mais dont, à la longue, on ne peut plus se passer²⁾. Au reste, il s'en passa fort bien dès qu'il eut reçu son *exeat*. Il n'en parla plus que pour railler. Qu'on relise, par exemple, ce passage du premier *Faust* où Méphistophélès s'entretient avec un béjaune d'étudiant indécis sur le choix d'une carrière. La Faculté de Droit, — après la Faculté de Philosophie, — est arrangée de belle façon! „Je ne puis m'accommoder de la science juridique”, avance timidement le néophyte. — „Je ne puis vous en vouloir”, réplique l'Esprit malin: „car je sais trop comment tout s'y passe! Les lois et les droits se transmettent par héritage comme une éternelle maladie... La raison devient déraison, et le bienfait fléau. Malheur à toi, d'être un descendant! ³⁾ Mais du droit qui est né avec nous, de celui-là, hélas! il n'est jamais question! „Voilà qui dissipe toute équivoque. Goethe ne dépare pas notre collection, pas plus que ne la dépareraient Schiller et bien d'autres ⁴⁾, si j'avais le loisir d'en parler.

En arrivant au XIX^e siècle, l'abondance des exemples nous accable. L'explosion du romantisme et des doctrines succédanées a dû largement contribuer au discrédit des études juridiques. Le droit passe pour l'art bourgeois par excellence, l'art des Philistins,

¹⁾ Richard Meyer, *Goethe*, Berlin, 1894, pp. 27, 45, 55; Hirzel, *Der junge Goethe*, I, 295 (Lettre à Salzmann, 1771).

²⁾ Lettre à Mademoiselle de Klettenberg, 26 Août 1770. Hirzel, I, 241; cf. I, 8; I, 14, etc.

³⁾ Cf. Scheffel, *Der Trompeter von Säckingen*, II, v. 128:

Traurig Loos der Epigonen!

⁴⁾ Schiller étudia le droit à la Karlschule en 1774—1775. Il donna l'impression d'un „génie médiocre”, et resta le dernier de sa classe. Berger, *Schiller, sein Leben und seine Werke*, I, 1909, pp. 69—70.

des „pompiers” ou des „notaires”, — c'est tout un —, et la jeune Bohême inspirée ne peut assez lui marquer son mépris. Le Panthéon que j'édifie laborieusement, pour y ériger l'effigie des „mauvais étudiants en droit”, doit accueillir les dieux les plus divers, les plus imprévus. Au hasard des rencontres, je cite pêle mêle des poètes et des romanciers de tous les pays, de toutes les écoles, comme Thomas Moore, Uhland, Lenau, Alfred de Musset, Jose Zorrilla, Henri Heine, Thackeray, Théodore de Banville, Mistral, Sully-Prudhomme, Georges Meredith, Anatole France, Paul Hervieu, Rostand, Barrès, etc., etc. ¹⁾, des prédicateurs comme Lacordaire, des historiens comme Macaulay et Carlyle, des critiques comme Emile Montégut, des hommes politiques comme Denis Cochin, des statuaires comme Bartholomé, des compositeurs de musique comme Schumann, Chabrier, Chausson, Déodat de Séverac. Et j'en passe!

Dans cet aréopage un peu mêlé, la palme revient sans conteste à Gustave Flaubert, et, après lui, à Maurice Maeterlinck. Le premier fut apparemment l'un des pires étudiants en droit qu'on ait jamais vus. Je ne dis pas: le pire; il ne faut décourager personne. Le second, s'il fit moins de scandale, n'eut pas meilleur esprit. L'un était né à Rouen, l'autre est né à Gand. Quand les hommes du Nord s'en mêlent....

Le cas de Flaubert relève presque de la pathologie. Le droit produisait à ce Normand l'effet de l'étoffe rouge sur le taureau. Il avait accepté cependant de lui consacrer sa vie, — une vie qu'il prévoyait „monotone, sensée, bête” ²⁾. Il avait pris ses inscriptions à Paris, en Novembre 1840, et il ne devait changer de voie qu'à la fin de 1843. Il se présenta aux examens, assez pour collectionner trois ou quatre échecs, avec un seul succès péniblement obtenu ³⁾. Mais dans quelles dispositions il pour-

¹⁾ En réalité, il faudrait inscrire ici la bonne moitié des littérateurs contemporains, du moins dans les pays latins: il faudrait aller jusqu'à MM. Blasco Ibanez (sur les études juridiques de qui voy. Pitollet, *Blasco Ibanez, ses romans et le roman de sa vie*, Paris, 1921, pp. 28—36) et Guido da Verona.

²⁾ Flaubert, *Correspondance*, éd. Conard, Paris, 1910, I, p. 44.

³⁾ Voy. Descharmes, *Flaubert, sa vie, son caractère*, Paris, 1909, p. 170: pp. 180—188; Descharmes et Dumesnil, *Autour de Flaubert*, Paris, 1912, pp. 126—127.

suivit cette lutte, c'est ce qu'on n'imagine pas, à moins de lire sa correspondance. Il y fait alterner les diatribes inciviles contre les maîtres avec les invectives furibondes contre les Codes. „Canaille! Crétin! Imbécile! Ganache!” lui semblent épithètes trop faibles pour le bénin Duranton et l'inoffensif Oudot. Quant à la matière qu'ils enseignent, il assure qu'elle le „fait crever de rage”, qu'elle lui „donne des sueurs froides”, qu'elle le „met en état de castration morale” ¹⁾. Au mois d'Août 1841, il écrit à sa soeur Caroline: „Figure toi que, depuis que je t'ai quittée, je n'ai pas lu une ligne de français, pas six malheureux vers, pas une phrase honnête. Les Institutes sont écrites en latin, et le Code civil est écrit en quelque chose d'encore moins français. Les messieurs qui l'ont rédigé n'ont pas beaucoup sacrifié aux grâces. Ils ont fait quelque chose d'aussi sec, d'aussi dur, d'aussi puant et platement bourgeois que les bancs de bois de l'Ecole....” (Je n'achève pas: la fin brave l'honnêteté). Ainsi des vagues de fureur déferlent tout au long des pages. Trois années durant, le futur auteur de *Madame Bovary* vécut dans un état d'éréthisme hargneux et désespéré.

Maeterlinck après Flaubert, c'est un peu Montaigne après le Tasse. Le bouillonnement superficiel s'apaise; mais la réaction gagne en profondeur. Avec quelle froideur hautaine le poète de *Tintagiles* n'analyse-t'il pas ses expériences de juriste! „Mes classes finies, contait-il naguère ²⁾, je suis entré à l'Université, pour étudier le droit, et réaliser ainsi l'un des plus chers désirs de ma famille. Les parents appellent souvent vocation l'obéissance à leur fantaisie. Pour commencer mes études juridiques, je n'ai pas entendu d'autre voix que celle de mon père. J'aurais dû apprendre la médecine, qui m'attirait, ou toute autre science exacte. Mais le droit, c'est comme l'entrepôt des bornes qui limitent et arrêtent les mauvais instincts sociaux, la collection des garde-fous de la cité, de la rue et du foyer. Ces maçons de Romains ont livré à l'exploitation une carrière où l'on peut tailler tous les moellons possibles. Etudier le droit, c'est se

¹⁾ Flaubert, *Correspondance*, I, pp. 78; 81—82; 93; 100—101; 107—108; 110; 111; 114; 116; 125; etc.

²⁾ *Le Temps*, 29 Mai 1903; Gérard Harry, *Maurice Maeterlinck (Les écrivains français de la Belgique)*, Bruxelles, 1909, pp. 8 et 12.

promener parmi les ruines, dans un cimetière qui serait un chantier de construction. Je ne me sentais pas du bâtiment. La vie et la pensée avaient pour moi un autre attrait."

„La vie et la pensée avaient pour moi un autre attrait!" Voilà qui est dur, et voilà qui est grave. Et voilà qui résume, en termes lapidaires, les griefs formulés par tant de maîtres de l'action et du verbe. J'avoue que ces paroles m'attristent. — Oui, je sais bien que les juristes de métier, mes frères, sourient, haussent les épaules, et affectent de croire que les poètes, les penseurs, les conteurs, les artistes, sont d'assez petits messieurs, qu'il ne les faut pas prendre au sérieux, et que c'est tant pis pour eux s'ils n'ont pas pris goût au droit.

Mais moi, — dois-je avouer ma faiblesse? — je ne partage pas, je n'ai jamais partagé cet optimisme. J'ai toujours cru que, dans la hiérarchie des esprits, Pétrarque passait devant Jean d'André, Goethe devant Engelbach, Flaubert devant Duranton, et même Montaigne devant Cujas, et Henri Heine devant Savigny. Cette conviction, dont l'hétérodoxie m'accable, me vaut des scrupules incommodes. Tout d'abord elle m'incline, en tant qu'examineur, à une indulgence qu'on jugera excessive. Mais, quand j'interroge un cancre, je crains toujours d'offenser un dieu méconnu: tel candidat qui bronche aujourd'hui sur les Pandectes se révélera peut-être demain Goethe ou Flaubert! Et puis je m'afflige sur moi-même. Je recherche les prétextes d'un dédain dont mon amour-propre se chagrine. Pourquoi les artistes s'éloignent-ils d'études que le Palais et l'Ecole tiennent pour constituées en dignité? Je veux éclaircir ce malentendu, et voir, en toute sincérité, si l'aversion que marquent à mon état des esprits vigoureux, pénétrants, épris de toutes les réalités de la pensée et de la vie, n'a pas sa cause dans le vice des disciplines juridiques. J'espère toujours que nos mauvais élèves pourront me donner la plus profitable des leçons.

J'ai donc classé les griefs qu'ils allèguent. J'en ai scruté le sens. J'en ai pesé la valeur. Reprenons ensemble cet examen. Les griefs sont d'ordre esthétique, d'ordre moral et d'ordre scientifique ¹⁾.

¹⁾ Bien entendu, je néglige les griefs qu'ils n'ont pas formulés. Tel serait le grief *politique*, auquel seul Maeterlinck ferait une allusion lointaine, et qui

J'insisterai peu sur les griefs esthétiques. Nous sommes édifiés à leur sujet par les confessions dont j'ai recueilli des bribes. L'étude du droit, affirment les plaignants, ne met en jeu ni le goût ni l'imagination. Peu lui chaut la beauté de la matière, et moins encore la beauté de la forme.

Au fond, les institutions ont une essence vulgaire. Pourquoi? — Parce qu'elles s'adressent au commun, et non à l'élite. Il est fatal qu'elles soient communes. „Les lois, dit Montaigne, sont souvent faictes par des sots”¹⁾. Ajoutons: „et pour des sots; et par des hommes au coeur médiocre, et pour des hommes au coeur médiocre”. Je comparerais volontiers le droit à la gastronomie. Tout le monde mange, plus ou moins; tout le monde digère, plus ou moins bien. D'où il suit qu'un cuisinier ne compte guère parmi l'aristocratie intellectuelle. Les recettes juridiques partagent la disgrâce des recettes culinaires. A les contempler, l'esprit rampe au ras de terre, sans une envolée, un enthousiasme, un rêve...

La forme ne dépasse pas le fond. Un vocabulaire inepte et

viserait dans le droit un instrument de réaction. Mais je néglige également, parmi ceux qu'ils ont formulés, ceux qui visent, non l'enseignement, mais les sources mêmes du droit, ou les fondements de la justice humaine. I. Les sources du droit: c'est le grief *nationaliste*. On le dirige surtout contre le droit romain. Voy. Scheffel, *Der Trompeter von Saekkingen*, II, vv. 120 et sqq.:

Sind verdammt wir immerdar, den
Grossen Knochen zu benagen,
Den als Abfall ihres Mahles
Uns die Römer hingeworfen?
Soll nicht auch der deutschen Erde
Eignen Rechtes Blum' entsprossen,
Waldesduftig, schlicht, kein üppig
Wuchernd Schlinggewächs des Südens?

„Sommes nous donc condamnés pour jamais à ronger l'os monstrueux, que, comme relief de leur repas, les Romains nous ont jeté? Ne doit-il pas aussi, de la terre allemande, germer la fleur d'un droit national, aux senteurs silvestres, uni, et qui n'ait rien de la végétation grimpante, luxuriante et pululante du Midi?” — 2. Les fondements de la justice humaine: c'est le grief *des sceptiques*, celui que Flaubert a emprunté à Montaigne. „La justice humaine est... pour moi ce qu'il y a de plus bouffon au monde: un homme en jugeant un autre est un spectacle qui me ferait crever de rire, s'il ne me faisait pitié, et si je n'étais forcé d'étudier maintenant la série d'absurdités en vertu de quoi il le juge” (Flaubert, *Correspondance*, I, p. 100; cf. Descharmes, *Flaubert*, p. 184).

¹⁾ Montaigne, *Essais*, III, 13.

pédant offusque les oreilles. „Style pédestre”, remarque Pétrarque ¹⁾. „Oisons de Barthole, Balde, Accurse, etc., appuie Lorenzo Valla ²⁾, qui ne parlent pas le romain mais le barbare...” „Style de ramoneur de cheminée et de cuisinier ou marmiteux, non de jurisconsultes”, reprend Rabelais ³⁾. „Ne faut-il pas être condamné par la cour d'assises, s'exclame Flaubert, pour faire de la littérature pareille, et dire les mots *agnats*, *cognats*, etc.?” ⁴⁾ Stendhal, il est vrai, cherchait des leçons de style dans le Code civil. Mais Stendhal était un homme singulier. Je doute d'ailleurs qu'il voulut lire, s'il vivait encore, notre Bulletin des Lois. Le personnel enseignant manque de toute vocation artistique. Un professeur de droit n'a ni fantaisie ni panache ⁵⁾. „Cré coquin! La

¹⁾ Petrarca, *Lett. famil.*, lett. 2, 1, 14 (III, p. 295).

²⁾ Valla, *Lettera a Candido Decembrio* (*Opera omnia*, Basileae).

³⁾ Rabelais, *Pantagruel*, II, 10. On voit assez que je dois à Rabelais ma comparaison culinaire.

⁴⁾ Flaubert, *Correspondance*, I, p. 110.

⁵⁾ Si j'en avais le loisir, je pourrais rechercher quels personnages nos conteurs font jouer, dans leurs fictions, aux professeurs de droit, et dans quels décors ils les situent. Il n'y a pas d'enquête plus propre à rabattre notre superbe. Je me bornerai à deux ou trois citations caractéristiques. 1°. Dans *l'Education sentimentale* (1, 3), Flaubert, tenace dans ses rancunes, décrit ainsi la salle où son héros vient entendre des leçons de droit: „Trois cents jeunes gens, nu tête, emplissaient un amphithéâtre où un vieillard en robe rouge dissertait d'une voix monotone. Des plumes grinçaient sur le papier. (Frédéric Moreau) retrouvait dans cette salle l'odeur poussiéreuse des classes, une chaire de forme pareille, le même ennui.” 2°. De ce témoignage, je rapprocherai curieusement quelques lignes du *Satiricon* de J. Barclay (*Euphormionis Lusinini, sive Ioannis Barclaii Satiricon*, éd. Elzevir, 1637, p. 14), „Ille.....me...perducit.... in amplissimam domum, ubi nihil magis timui, quam ne postes antiquitate corrupti cervices affligerent. Capacissimam sedem adolescentes aliquot per sedilia sparsi, magis strepitu quam corporibus implebant, et si quando intermittebatur tumultus, audiebant declamantem ex eminenti loco senem, qui Romana jura interpretari dicebatur.” 3°. Voici maintenant comment un ami du petit Pierre (le prête-nom d'Anatole France) décrit notre vieux maître, le civiliste Bugnet: „C'est un vieillard sordide. Il lui coule perpétuellement du nez une roupie qu'il recueille dans un mouchoir rouge grand comme un drap” (A. France, *La vie en fleur*, p. 182). 4°. André Gide tire quelque lustre, dans le monde juridique, du nom qu'il porte et de la famille à laquelle il appartient. Il ne laisse pas cependant (*Les caves du Vatican*, p. 266) de prêter un langage de cuistre à un aigrefin qu'il donne un instant pour un professeur à

belle tête d'artiste que celle de Mr. Duranton!" rugit Flaubert ¹⁾. Aussi les assoiffés d'art égarés dans la chicane attestent-ils à l'envi leur martyre. Chose à noter, tous s'expriment de la même façon. Poètes et conteurs décrivent les symptômes du mal qui les travaille en termes si pareils qu'il faut bien conclure qu'ils ne mentent pas tout à fait. A peine s'ils exagèrent. Ces symptômes se ramènent à deux: pesanteur accablante et froideur mortelle. „Etudes ingrates, dont le poids m'opprime!" gémit le Tasse ²⁾. „C'est là que je suis...", gronde Flaubert, à endurer un professeur qui fait tomber sur vos épaules sa parole de plomb ou d'airain..." ³⁾ Et Scheffel renchérit: „Droit romain, quand je pense à toi, c'est comme si la masse des Alpes pesait sur mon coeur, c'est comme si une meule pesait sur mon estomac!" ⁴⁾. Voilà pour la pesanteur. Quant à la froideur, j'ajouterai à la „chair de poule" dont parle Goethe et aux „sueurs froides" dont parle Flaubert, les témoignages concordants d'Uhland, qui évoque „les déserts glacés de Sibérie" ⁵⁾, et de Thackeray, qui vitupère

la Faculté de droit de Bordeaux: „Demain, déclare ce personnage,.... je retrouverai quantité de collègues graves, apprivoisés, retenus, aussi compassés que je le redeviendrai moi-même dès que j'aurai recouvré ma livrée. Des gens de la société, comme vous et moi, se doivent de vivre contrefaits". 5°. Voici enfin comment Scheffel dépeint le Professeur Samuel Brunquell, „jaune comme une momie" (*Der Trompeter*, II, vv. 103—104):

„... mit mumiengelbem Antlitz
Samuel Brunquell, der Professor,
Uns das römische Recht docirt."

¹⁾ Flaubert, *Correspondance*, I, p. 114.

²⁾ Tasso, *Rinaldo*, XII, st. 90:

Ingrati studi, dal cui pondo m'oppresso,
Giaccio ignoto ad altrui, grave a me stesso....

³⁾ Flaubert, *Correspondance*, I, p. 107. Cf. p. 128: „C'est l'Ecole de droit que j'ai sur les épaules."

⁴⁾ Scheffel, II, vv. 106—108:

Römisch Recht, gedenk ich deiner,
Liegt's wie Alpdruck auf dem Herzen,
Liegt's wie Mühlstein mir im Magen.

⁵⁾ Uhland revenait alors à l'Université de Tübingen, après quelques mois de relâche. Il songeait à sa thèse sur la division et l'indivision en matière de servitudes (*De juris romani servitutum natura dividua vel individua*, 1810): sujet plus désertique en effet que les plus mornes toundras de l'Asie septentrionale.

„l'invention la plus propre à glacer le sang... à laquelle jamais homme dût servilement se soumettre" ¹⁾).

Mais passons condamnation sur ce premier chef d'accusation. La thèse de l'art pour l'art l'explique assez. Pour l'artiste né, l'art se situe aux antipodes de la vie pratique ²⁾. Or le droit se targue d'abord de rendre des services quotidiens. On en apprend les ficelles pour devenir avocat, notaire, ou fonctionnaire. Plaignons donc les hommes inspirés que leur mauvais destin a exilés des cîmes. Reconnaissons toutefois que le droit est bien innocent de leur déception. Regrettons les pauvretés du style juridique. Mais reconnaissons que le droit doit parler, comme dit Montesquieu ³⁾, „pour des gens de médiocre entendement", et qu'il doit employer, par conséquent, la forme la plus simple, la plus courante, la plus directe, la plus populaire. Dans le royaume de l'art il y a peu d'élus. Souffrons tout de même que les autres vivent. Les lettres ne gagneraient guère à ce que le droit s'ornât de métaphores, et recherchât une expression musicale, éclatante et belle. Mais la pratique perdrait beaucoup à ce qu'il se rendit ésotérique. Si Thémis voulait enfourcher Pégase, dirai-je pour rester dans le style du prétoire, elle se romprait le cou. En tout cas, elle n'irait point où elle doit aller. Sully-Prudhomme a versifié un poème sur la *Justice*. Il me semble que le Code civil est, malgré tout, moins ennuyeux et plus pratique. Vous me direz que Sully-Prudhomme n'avait pas de génie. Je vous l'accorde. Mais, s'il en avait eu, quelle catastrophe! Dieu nous garde d'un Code ou d'un arrêt rédigé par Mallarmé!

J'attache un peu plus d'importance, — pas beaucoup —, au grief moral. On accuse la vocation juridique de vénalité. Car ceux qui l'écoutent ne s'inspirent pas d'un idéal désintéressé. Ils veulent des places, des titres, de l'argent, ou, tout simplement, un gagne-pain ⁴⁾. On le leur reproche amèrement. Dante, après

¹⁾ *Dictionary of national biography* de Lee, V^o Thackeray, LVI, 1898, p. 93.

²⁾ Descharmes, *Flaubert*, p. 185.

³⁾ Montesquieu, *Esprit des loix*, XXIX, 16.

⁴⁾ Henri Heine écrivait à Moser: „Il faut que mon dîner me soit servi sur le plateau de la balance de Thémis."

avoir proclamé qu'on ne mérite pas le nom de philosophe si l'on n'accueille la sagesse que pour les avantages matériels qu'on en tire, fait immédiatement l'application de son principe aux légistes „che non per sapere studiano, ma per acquistare moneta e dignità” ¹⁾. „Acquérir de l'argent et des dignités”, telle est en effet l'ambition que nourrissent tous ces pères qui sacrifient leurs enfants sur l'autel du droit. On nous apprend que le père de Calvin „résolut de le faire étudier aux loys, voyant que c'estoit le meilleur moyen pour parvenir aux biens et aux honneurs” ²⁾. „Il faut devenir juriste, dit Scheffel: cela rapporte honneurs, charges et dignités. Cela rapporte aussi des ducats d'or” ³⁾. Descartes, appréciant dans son *Discours de la Méthode* ⁴⁾ les „exercices auxquels on s'occupe dans les écoles”, remarque que „la jurisprudence, la médecine apportent des honneurs et des richesses à ceux qui les cultivent”. Le Tasse enfin, pressé par un de ses maîtres d'apporter plus d'ardeur à ses études juridiques, lui répond: „Qui peut contester que ces études sont vénales, et bien inférieures aux autres études pour apprendre à vivre bien et honnêtement? En quoi servent-elles à faire un homme de bien? Mais, qui ne voit qu'elles ne servent à rien pour atteindre la vertu? Bien plutôt, elles rendent avide, menteur, colère” ⁵⁾.

¹⁾ Dante, *Convito*, III, 11 (Ed. Moore, p. 287). Cf. *Epist.*, VIII (Ed. Moore, p. 412): „Iacet Gregorius tuns in telis araneorum, iacet Ambrosius in neglectis clericorum latibulis; iacet Augustinus; abiectus Dionysius, Damascenus et Beda; et nescio quid Speculum, Innocentium et Ostiensem declamant. Cur enim? Illi Deum quaerebant, ut finem et optimum; isti census et beneficia consequuntur.” Voy, de même le témoignage de Boccace, qui avait adopté la profession juridique parce qu'elle devait „le conduire à la richesse”. Boccaccio, *De genealogia deorum*, XV, 10 (Hecker, *Boccacciofunde*, 1902, p. 288).

²⁾ Doumergue, *Jean Calvin*, I (1899), p. 114.

³⁾ Scheffel, II, vv. 87—90:

Ihr musst ein Juriste werden,
Das bringt Ehr' und Amt und Würden,
Bringt auch guldene Dukaten.

⁴⁾ Descartes, *Discours de la méthode* (Ed. Landormy, p. 34; cf. p. 40). Voy. Chevalier, *Descartes*, Paris, 1921, p. 36. Descartes avait pris sa licence en droit à Poitiers en 1615—1616.

⁵⁾ Pierantonio Serassi, *La vita di Torquato Tasso*, 2e éd., Bergamo, 1790, I, p. 108; p. 113. Dans le même esprit, voy. la déclaration du chancelier Thomas Morus „. . . . qui meapte natura vehementer a litibus abhorreo, etiam

En effet, quand on n'envisage, dans une carrière, qu'un moyen de parvenir, on perd facilement la notion de l'honnête et du malhonnête. La conscience capitule devant l'intérêt. Qui veut la fin veut les moyens, et fi des scrupules! Comme le médecin devient insensible à la souffrance, le juriste s'endurcit à l'indélicatesse. Déjà Saint Augustin note qu'il espérait recueillir „d'autant plus de gloire de ses études qu'il serait plus habile à tromper” ¹⁾. Coupables espérances! Pétrarque et Goethe se refusèrent à en concevoir de pareilles. Mais on les avait conçues pour eux. Et Mr. de Curel, racontant, dans son discours de réception à l'Académie française, la vie de son prédécesseur, Paul Hervieu, et nous le montrant passant par l'Ecole de droit, remarque: „On pourrait penser qu'il y a pris ses sentiments d'implacable justice. Seulement, inscrit à l'Ecole, il n'y mettait jamais les pieds. Admettons donc que l'esprit d'équité était en lui, et n'a pas eu besoin des leçons d'un professeur de chicane....” ²⁾.

Eh bien si! Monsieur de Curel, Paul Hervieu aurait peut-être suivi utilement les leçons d'un „professeur de chicane,” comme vous dites! Votre petite malice n'a même pas le mérite de la nouveauté. C'est un cliché banal et oiseux. Vous imputez aux disciplines juridiques le mal même qu'elles veulent guérir. Plaisante équivoque! D'aucuns prétendent aussi qu'il y aurait moins de malades s'il y avait moins de médecins, et de plus désintéressés. Cependant, même sans médecins et sans avocats, les maladies et les litiges sévissent; et mieux vaut, à tout prendre, recourir, pour les traiter, à des praticiens instruits qu'à d'ignorants empiriques. Ce ne sont pas les derniers qui coûtent le moins cher.

Ecartons donc ces récriminations sans portée, pour ne nous attacher qu'au dernier grief, celui qui compte: le grief scientifique.

cum lucrum adhibent”, et les indignations de Pierre de Brach, l'ami de Montaigne, accusant les avocats de

Mettre en vente au Palais leur langue babillarde.

Pierre de Brach avait étudié le droit à Toulouse. Voy. Stapfer, *La famille et les amis de Montaigne*, Paris, 1896, p. 239. De même P. de la Rue, *Sermon sur le danger des richesses* (Migne, *Orat. sacrés*, XXVI, p. 377): „La mauvaise cause trouve des langues vénales pour la défendre comme la meilleure”.

¹⁾ St. Augustin, *Confessions*, III, 3.

²⁾ H. Bidou, *Revue des Deux Mondes*, 15 Mai 1919, p. 467.

Ici, nous touchons au noeud de la question. Les réfractaires aux études juridiques qui ont bien voulu s'interroger sérieusement et sincèrement, sans céder à des emballements irréfléchis, sans demander surtout à une humble préparation professionnelle ce qu'elle ne peut donner : du lyrisme, du rêve, ou une morale, — ont conclu, en fin de compte, que leurs déceptions provenaient de ce que ces études manquaient de fondements scientifiques. „Plaise à Dieu, disait Roger Bacon, qu'on mette fin aux subtilités et aux artifices des légistes ! Parmi les choses qui font tort à la science, le progrès du droit civil est une des principales” ¹⁾. Léonard de Vinci se refusa à étudier le droit, la théologie et la philosophie (entendons : la philosophie scolastique), quoiqu'il professât que l'artiste parfait doit exceller en toutes sciences. Mais pour lui, pas plus que la théologie et la scolastique, le droit n'était une science ²⁾. Le Tasse écrivait à l'évêque de Ferrare : „Je me demande si la connaissance des lois est une science ?” ³⁾. Comment donc expliquer cette prévention ? Le Tasse précise sa critique : „Vous autres juristes, vous pervertissez toutes choses par vos commentaires. Il y a commentaires sur commentaires, que les gens de loi écrivent à la journée ; et c'est au point qu'il en arrive ce que dit le comique : à force d'intelligence, ils deviennent inintelligents” ⁴⁾. Vers le même temps, et en termes plus significatifs encore, Montaigne exprimait pareil accablement : „Il y plus

¹⁾ R. Bacon, *Compendium studii philosophiae*, c. IV (F. Rogeri Bacon, *Opera*, éd. Brewer, I, p. 418 et sqq.). De même Boccace (*De genealogia deorum*, XIV, 4) tente de prouver que la jurisprudence, — au contraire de la poésie — n'est pas une science. Richard de Bury (mort en 1345) écrit dans son *Philobiblion* (ch. XI) que les lois ne sont pas une science, et cherche à démontrer la vérité de son principe. Cf. Hortis, *Studi sulle opere latine del Boccaccio*, Trieste, 1879, p. 178.

²⁾ Pour savoir ce qu'il veut dire, il suffit de lire les aphorismes placés en tête du *Traité de la peinture* (Trad. Péladan), notamment l'aphorisme 16 (p. 12) : „Qui discute en alléguant l'autorité ne fait pas oeuvre de génie, mais plutôt de mémoire.”

³⁾ Tasso, *Opere*, X, p. 271 ; *Lettere*, éd. Guasti, 1853, II, p. 166.

⁴⁾ Serassi, *Vita di... Tasso*, 2e éd., I, p. 113. Déjà Pétrarque écrivait des juristes : „Mira questi che in piati e cavilli dialettici tutta consumano la vita loro, e per futili questioni tutto di si arrabattano”. *Lett. fam.*, lett. I, éd. Fracassetti, I, p. 259. Rappelons que l'Arioste se désolait d'avoir passé cinq années à compulser des textes et des gloses (*Supra*, p. 3).

affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses, et plus de livres sur les livres, que sur aultre subject: nous ne faisons que nous entregloser. Tout formille de commentaires; d'auteurs, il en est grand cherté" ¹⁾). Montesquieu abondait dans le même sens: „Les volumes de loix ne sont rien en comparaison de cette armée effroyable de glossateurs, de commentateurs, de compilateurs: gens aussi foibles par le peu de justesse de leur esprit, qu'ils sont forts par leur nombre prodigieux" ²⁾). Ainsi, c'est la méthode du commentaire et de la glose qui choque les meilleurs esprits. Pourquoi? Ils le sentent, sans trop l'exprimer. Mais nous pouvons traduire leur sentiment. Le commentaire est l'instrument d'une méthode purement déductive. Cette méthode suppose que toutes les règles de vie se tirent, par déduction, de préceptes une fois donnés par le législateur, et que tout l'art de l'interprète consiste à extraire ces règles de ces préceptes. La technique juridique s'apparente ainsi à la technique théologique. Les exégètes du droit et de la théologie se bornent à solliciter la révélation pour l'ajuster à la vie. Mais ils ne partent pas de la vie elle-même. Ils ne commencent pas par observer les choses, par les classer, par en tirer les lois. Ainsi les critiques du Tasse, de Montaigne, de Montesquieu, rejoignent celle de Maeterlinck. Pour eux comme pour lui, „la vie et la pensée ont un autre attrait."

Nous avons trouvé, cette fois, le défaut de la cuirasse. Autant

¹⁾ Montaigne, *Essais*, III, 13.

²⁾ Montesquieu, *Lettres persanes*, C. Voy. encore Scheffel, *l^o. c^o*. vv. 110 et sqq.:

Ein Geflunker musst' ich hören
Wie sie einst auf röm'schem Forum
Klaffend mit einander zankten,
Wie Herr Gaius Diess behauptet
Und Herr Ulpianus Jones,
Wie dann Spät're drein gefuschet
Bis der Kaiser Justinianus,
Er, der Pfuscher allergrösster,
All' mit einem Fusstritt heimschickt....
Oftmals nächtig bei der Lampe
Sass ich brütend ob dem Codex,
Las die Gloss' und den Cujacius,
Bis mich Kopf und Haupthaar schmerzten.

les griefs précédents nous ont paru impertinents, autant ce dernier grief nous semble fondé, et grave. N'hésitons pas à le confesser : pendant des siècles, le droit n'a pas fait figure de science. Il n'a été qu'un art, fondé sur des préceptes à priori, et s'adaptant tant bien que mal, et plutôt mal que bien, aux nécessités de la vie. Les juristes s'entraînaient à jongler avec des mots et des formules, au lieu d'approfondir les choses. C'étaient des horlogers qui ne connaissaient que les cadrans des horloges, et point les mouvements, — des philologues qui ne connaissaient que l'écriture, et point les choses écrites. Leur préparation extérieure et formelle explique ce qu'il peut rester de spécieux dans les griefs précédemment écartés. Si le droit se réduit à un jeu d'apparences et de symboles vides, s'il n'atteint par les réalités humaines, le juriste s'estime indépendant de ces réalités. Il se croit libre de jouer son jeu pour n'importe quelle fin, et, notamment, pour celles que son amour-propre lui désigne. Sans doute il est inexact d'accuser la technique d'immoralité : car elle ne pervertit pas les honnêtes gens, c'est-à-dire ceux qui possèdent par ailleurs les certitudes d'une morale éprouvée. Mais elle est amoral, car elle ne tend en rien à fortifier ceux qui doutent, ou à contenir ceux qui sont dévoyés. Elle est neutre. Elle fournit des armes à la justice, mais ne les refuse pas à la chicane. Aussi décourage-t-elle les coeurs impatientes qui ne tolèrent pas la neutralité en face du mal.

Pour la même raison, elle rebute les sensibilités pénétrantes qui ne se satisfont pas d'apparences. Un jeu dont l'attrait réside dans l'ingéniosité des combinaisons mises en oeuvre pour obtenir certains résultats, — un jeu de *mécano*, si vous voulez, qui sert à construire, selon la fantaisie du moment, avec des pièces en nombre fini, établies en série, un tramway, une pendule, ou la Tour Eiffel, — cela surprend au premier abord, et cela divertit un moment. Mais cela ne comble pas les aspirations des esprits pour qui „le beau est la splendeur du vrai”. Il n'y a pas de curiosité scientifique, il n'y a pas de jouissance esthétique fondée sur des apparences, puisque la science est la connaissance, et l'art la stylisation de *ce qui est*.

Mais aujourd'hui, je puis parler au passé de cet attirail scolastique qui rebuta nos „mauvais étudiants.” Je puis en parler au passé, parce qu'une révolution s'est silencieusement accomplie.

Depuis la fin du XIX^e siècle, on s'est avisé, surtout sous l'influence des disciplines historiques, que le droit pouvait pénétrer jusqu'aux choses, par conséquent se constituer en science, et qu'il devait prendre rang parmi les sciences d'observation, comme les sciences physiques et naturelles. On a commencé à observer systématiquement les faits juridiques, — lesquels se ramènent à peu près exclusivement aux sentences judiciaires, dont l'ensemble forme „la jurisprudence”; — on en a fait la critique; — on les a reliés à leurs déterminants; — on les a classés, selon leurs affinités, en groupes de plus en plus compréhensifs; — on a cherché à en dégager des lois. Assurément l'emploi de pareille méthode n'a pas encore pénétré partout; et il est loin d'avoir produit tous les fruits qu'on en peut attendre. Mais le mouvement est déclenché. Un vent d'affranchissement a traversé nos amphithéâtres, balayant les miasmes scolastiques qui y croupissaient. Les temps sont révolus. Flaubert ne reconnaîtrait plus ses maîtres. Ils ont changé. S'ils n'ont pas encore, — s'ils n'auront peut-être jamais — de „belles têtes d'artistes,” ils ont déjà de bonnes têtes de savants: je gage qu'il les regarderait avec moins d'humeur. Je gage que Maeterlinck, s'il revenait s'asseoir sur les bancs de sa vieille Université de Gand, commencerait à „se sentir du bâtiment.” C'est cette réconciliation du droit avec la vie et la pensée que je veux saluer pour terminer cet exposé. Viennent chez nous le Tasse et Goethe. Ils pourront y demeurer, y grandir, et notre science s'enorgueillira de génies immortels.

THE CLAIMS OF INNOCENT III TO AUTHORITY IN TEMPORAL MATTERS

by

Sir ROBERT W. CARLYLE (OXFORD).

In the course of the secular struggle between the papacy and the empire, Frederick I fought out with Alexander III the claim of the emperor to intervene in disputed papal elections and was defeated. In the time of Innocent III the situation was reversed and it was the pope who claimed the right to intervene in disputed elections in Germany. Innocent pressed to their fullest extent the papal claims to temporal sovereignty in Italy. He encouraged the rulers of States to surrender them to the pope and receive them back as fiefs. Most important of all he asserted beyond any of his predecessors, his claims as vicar of Christ. His reasoned statements of the papal claims as embodied in Gregory IX collection of decretals, were the foundation of the thirteenth century development of the official ecclesiastical theory of the powers of the pope in temporal matters.

Innocent might claim to intervene in temporal matters; (I) as immediate secular ruler, for instance in the papal patrimony; (II) as feudal overlord; (III) as specially concerned with the fitness of the elected German ruler, the principal defender of the church, to be consecrated and crowned emperor; and finally (IV) as vicar of Christ, or as he sometimes styles himself of God,¹⁾ with all the powers to govern the "saeculum" given to Peter.

¹⁾ Migne P. L. Vol. 214 p. 150. Dei, cujus... vices exercemus in terris p. 306 pontifex, qui non puri hominis sed veri Dei vicem gerit in terris.

I cannot attempt here to deal with the question of the originality of Innocent III claims, or of their previous historical development; precedents are to be found in most, if not in all cases. The important point to note is the systematic way in which the claims are pressed and justified.

I will now proceed to deal with Innocents claims under various heads.

Immediate secular ruler. The marriage of Henry VI to Constance, the aunt and legal heiress of William II of Sicily, in 1184, altered the whole political situation in Italy and greatly to the disadvantage of the church. There was imminent danger of the environment of the papal patrimony by the possessions of a German ruler who was king of Sicily, lord of the greater part of central Italy, and very powerful in the north of Italy. In such a situation the popes might well fear that the bishop of Rome would in time be reduced to the principal bishop of the German empire. The fall of Jerusalem and the subsequent crusade temporarily eased the situation, but after the death of William of Sicily and the assertion by Henry of his claims as the husband of Constance, true friendship between the empire and the papacy became impossible. Although Coelestine III and Henry VI were formally reconciled in 1195, yet there was no real abatement of hostility, and whether the Roman curia was cognisant of the conspiracy against Henry VI or not, it seems clear from the energetic action taken after Henrys death, that it had prepared to push its temporal claims in Italy on a favourable occasion arising.

Henry died on the 28th September 1197, leaving an infant son Frederick II whose claims to the succession in Germany were abandoned by his mother Constance, anxious only to secure for him the Sicilian inheritance. Coelestine supported the rising against German rule in the March of Ancona which broke out on the death of Henry VI, and sent legates to secure the papal lordship of the March. Legates were also sent to Tuscany who assisted in the formation of a Tuscan league hostile to the empire. This was the situation when Innocent III was elected. Possibly he had been the power behind the throne in the action taken after the death of Henry VI. In any case he took up with

the utmost energy the policy of enforcing the claims of the church. It was a vital matter for the papacy to prevent the formation of an overwhelming secular power in Italy, and the Sicilian question, would under any pope, have forced to the front the question, of the territorial claims of the church, moreover the situation in Germany was favourable owing to the division over the election of a successor to Henry VI.

Innocent held that kingship and priesthood were alike of divine appointment, the priesthood however being divinely ordained while the "regnum" was granted to mens importunity, (*per extortionem humanam*)¹⁾. Affairs were however he considered best ordered where the Roman church had full temporal as well as full spiritual power, as there it could most easily protect churches and ecclesiastics²⁾.

In a sermon delivered by Innocent on St. Sylvesters day, he referred to the donation of Constantine and based on it the use by the popes of the orphery (*aurifrigium circulare*) adopted by them, instead of a diadem³⁾. Innocent does not expressly base any of his territorial claims on the donation⁴⁾. Where Innocent does state the ground of such claims, it is to privileges given by emperors, from Louis downwards, that he generally refers. Claims based on such privileges Innocent pressed against the empire to their fullest possible extent. A very good example is the dukedom of Spoleto; its restoration was included in the promises extracted by the pope from Otto at Neuss and Speyer, and again from Frederick at Eger. It had for centuries not been in the possession of the church⁵⁾. At the time of the peace of Venice outstanding disputes between the church and the empire had been settled, except as regards the lands of the Countess Mathilda and the County of Bertinoro, and Spoleto remained in the

¹⁾ Migne P. L. Vol. 216 p. 1013.

²⁾ Migne P. L. Vol. 214 p. 21.

³⁾ Migne P. L. Vol. 217 p. 481.

⁴⁾ If it was the foundation of some of the papal claims in Spain Innocent does not say so.

⁵⁾ The grant of Spoleto to Victor II after the death of Marquis Boniface was purely personal.

emperors possession. If it had still been claimed by the church after that settlement, Urbans omission to include the usurpation of Spoleto in a long list of complaints againts the empire in 1186, would be inexplicable ¹⁾).

Innocents efforts, never relaxed, finally secured for the church a legal basis for its claims in central Italy, and materially forwarded the formation of an enlarged papal state.

Feudal Overlord. The church claimed feudal superiority over many countries. The exact position as regards Germany I shall discuss later. So far as other countries are concerned, the important points to note are, that Innocent did not take up all Gregory VII claims, that he welcomed the submission of rulers who surrendered their dominions to the church and received them back as fiefs, and that the popes feudal superiority was not claimed as arising from his authority as head of the church. It is very noticeable that Innocent does not suggest that the church had any feudal rights over England (before Johns surrender,) or over Hungary, and this notwithstanding the express claims by Gregory VII. On the other hand where Sicily is concerned Innocent laid very great stress on its feudal subordination. He constantly referred to it, specially during his earlier years. The close connection of Sicily and its direct temporal subordination to the papacy, were matters of cardinal importance in the temporal policy of the church at that time, as I have previously shown.

Innocent welcomed additions to the ranks of great feudatories of the church. He greeted with effusion Johns surrender of England and Ireland. In a letter to John on the subject, he wrote "who taught you but the divine spirit so wisely and piously to provide for yourself and the church. Now you receive in a more lofty and enduring way these kingdoms than before, since the kingdom is now priestly and the priesthood royal" ²⁾).

The church and the election of the German Ruler. Innocent repeatedly referred to the close relations which should exist between the emperor and the pope. While all temporal rulers

¹⁾ Migne P. L. Vol. 202 p. 1410 to 1412. See specially 1412 C. D.

²⁾ Migne P. L. Vol. 216 p. 881.

should use the material to assist the spiritual sword, the emperor should be the special defender of the church. It was to secure such a defender that the church transferred the empire from the Greeks to the west. It was the need of such a defender that made it impossible for the pope to look on passively, while rival German kings were fighting out their quarrel ¹).

The two principal documents dealing with the subject of the popes right to intervene in disputed elections, are contained in a register maintained by the papal chancery, for papers connected with the empire.

The first document, well known as the "Deliberatio," is a very confidential paper in which the pope sets out the arguments for and against each possible candidate, namely Frederick II, Philip and Otto. It was obviously only intended for those initiated in the secrets of the curia, and in it Innocent could disclose views he might have thought it inexpedient to make public. The Bull "Venerabilem", on the other hand, contained the reply sent by Innocent to the Duke of Zähringen, in answer to the protest of Philips supporters against Ottos confirmation. A copy of this Bull was included with Innocents consent in a collection of decretals published in his lifetime. It was also included in Gregory IX collection of decretals and on it more especially the later canonists based thier discussions of the relations between the church and the empire.

The "Deliberatio" ²) commences by a declaration that it is for the apostolic see diligently to provide for the Roman empire, as the "imperium" pertains to it, principally and finally (*principaler et finaliter*); principally, since it was by the apostolic see that a transfer was made from Greece for its better defence, finally, because it is from the pope that the emperor receives his final promotion, as it is the pope who blesses, crowns, and invests him with the empire (*et de imperio investitur*). The use of the word "investitur" would appear to indicate a claim to

¹) Many passages might be cited, I need only refer to the following Migne P. L. Vol. 215 p. 339 A. B. Vol. 216 p. 997. C. D. to 998 A. B. p. 1025, A. p. 1084. B.

²) Migne P. L. Vol. 216 p. 1025—1035.

feudal superiority over the empire. The word, taken by itself might not seem strong evidence that Innocent was making such a claim, but there are other passages in the "Deliberatio" which would seem to show that the use of this word was deliberate. On it followed a story of Henry VI, who having been crowned by Coelestine, withdrew some distance, and then having come to himself (*rediens ad cor*) returned and asked to be invested with the empire by the golden "palla" (*ab ipso de imperio per pallam auream petiit investiri*). Further on in the "Deliberatio" he referred to the dispute between Frederick and Adrian regarding the word "beneficium"; thus clearly the question of feudal relations was present to his mind. It was not a claim he could publish to the world, as the suggestion that the pope was the feudal superior of the emperor, would have largely increased the number of Philips supporters.

After a long discussion of the arguments, for and against each candidate, Innocent finally decided in favour of Otto. For our purpose it is only necessary to note, that Innocent held himself entitled to consider as regards the electors, not merely the number favouring each candidate, but also their "*salubritas quo ad consilium*". Even more necessary was it for him to consider the fitness and dignity (*idoneitas seu dignitas*) of the elected person. He concluded by deciding to endeavour, through his legate, to get the princes either to agree on a suitable person (this would according to the arguments of the "Deliberatio" have excluded Philip), or else to submit to the popes judgement or arbitrament. Should his legate fail, Otto was at once to be favoured; for the matter would not brook further delay. The pope had given time, he had pressed the princes to come to an agreement, he had given them his advice. Otto was personally devoted to the church and came of ancestors who were also devoted to the church. He was to be received as king, and afterwards, those things having first been settled, which were necessary for the honour of the church, Otto was to be called to receive the imperial crown.

There is nothing in the Bull "Venerabilem" inconsistent with the "Deliberatio", but it is an answer to the objection of opponents and it is mainly with those objections that it deals. The supporters of Philip had made a violent attack, ostensibly on the

legate, really on the pope, on account of the confirmation of Otto. They contended that if the legates interference was valid, he must have filled the post either of "elector" or of "cognitor". For reasons stated by them he could not have acted as "elector", and so far as a "cognitor" or judge was concerned, they maintained that there was no superior judge competent to decide in the case of a disputed election; it could only be settled by the spontaneous will of the electors (*elegantium voluntate spontanea consuenda*). Innocent in his reply recognised the right and power of those princes, to whom it belonged by right and ancient custom, to elect a "king afterwards to be promoted emperor". This was a right and power which had come to the princes from the apostolic see, which had transferred the Roman empire, in the person of Charlemagne, from the Greeks to the Germans.

But the princes must recognise and did recognise, that the right and authority of examining the person elected "king to be promoted emperor" belonged to the pope who anointed, consecrated, and crowned him.

For it was of general application, that the right of examining the person, belonged to him to whom pertained the laying on of hands. Was it conceivable that the pope would be bound, even in the case of an unanimous election, to anoint consecrate and crown sacrilegious or excommunicated persons, a tyrant or imbecile, a heretic or pagan.

His legate had played the part neither of "elector", nor of "cognitor", but of "denunciator". He had declared the duke unworthy, while he had declared the king worthy to obtain the empire. Innocent proceeded to point out certain defects in the election of Philip, such as that he had not been crowned in the right place nor by the right person. There were manifest objections to Philip justifying immediate condemnation, in as much as they were matters of common knowledge. Should the votes of the princes be divided, it was clear that the pope was entitled, after due warning and sufficient time given, to favour one of the candidates. The apostolic see could not dispense with an advocate and defender, merely because the princes, though warned, could not or would not come to an agreement, after reasonable time had been given. It will be observed that though the pope admits

the rights of the electors, the Bull suggests very plainly that what the church has given the church can take away.

Ingenious arguments have been based on Innocent's description of the elected king, sometimes as "king" sometimes as "king hereafter to be promoted emperor"; but Innocent seems never really to have shifted his position. The position from which Innocent never departed was, that the pope had to scrutinise the qualifications of the German king, and to reject him if unfit for empire. The church required a defender, and could not be required to wait an unreasonable length of time, before intervening in the case of a disputed election.

From a letter to the Bishop of Vercelli ¹⁾ it would appear that the pope held that during a vacancy in the empire he had the right to exercise imperial functions, at all events in judicial matters. While directing that papal letters, dealing with matters properly belonging to the secular authorities, should be disregarded, he at the same time informed the bishop that persons who considered themselves unjustly treated in the secular courts, might appeal to the bishop, or if they preferred it to the pope, specially in a time when, there being a vacancy in the empire, there was no secular judge to whom they could appeal. The claim was only suggested, but I mention it as it becomes important under later popes.

The pope as vicar of Christ. Innocent when elected pope on the 8th January 1198 was only in deacons orders, and was not consecrated as priest till a month and a half later on the 22d February. His consecration as bishop took place on the following day; the anniversary, as Innocent points out in one of his sermons ²⁾, of the appointment of Peter to the episcopal chair. This is perhaps not without significance, as Innocent never wearied of insisting on his succession, to the place and powers of Peter as vicar of Christ. In a sermon by Innocent, probably preached by him on the day of his consecration as pope, he dwelt on the primacy of the papal see, and on the fullness of the popes power as vicar of Christ and successor of Peter. The

¹⁾ Migne P. L. Vol. 1215 p. 892.

²⁾ Migne P. L. Vol. 217 p. 663.

pope is a servant set by his lord, as "a ruler over his household to give them their meat in due season". The appointment is made by him, on whose vesture and on whose thigh is written "King of Kings" and "Lords and Lords," that none may dare to oppose it. The pope has been set "over the nations and over the kingdoms to root out, and to pull down, and to destroy, and to throw down, to build and to plant." To him have been given the keys of the kingdom of heaven, that whatsoever he may bind on earth be bound in heaven, and that whatsoever he may loose on earth be also loosed in heaven. The pope is indeed a servant, but he is a servant set by his Lord as a ruler over his household. He is placed between man and God, less than God, but greater than man; a judge of all but judged by none ¹⁾. In another sermon, delivered by Innocent on the anniversary of his consecration, he tells his congregation that the church of Rome is his bride, and that she brought him as her dowry, the fullness of spiritual and the "latitudo" of temporal things the greatness and multitude of both. Others are called to take some share of "solicitudo," Peter alone has been called to the fullness of power. As a sign of his spiritual power he has been given the mitre, as a sign of his temporal power the crown; the mitre on account of his priesthood, the crown on account of his kingship ²⁾. The first and principal foundation of the church is Christ. The second and secondary foundation of the church is Peter, to him James the brother of the Lord, being content with Jerusalem, left the government, not merely of the whole church, but also of the whole world (saeculum) ³⁾.

After John had submitted himself and his kingdom to the pope, Innocent commenced a letter to him by stating his divine appointment over all by Jesus Christ the Kings of Kings, and Lord of Lords, who so established the kingdom and the priesthood in the "ecclesia," that the kingship is priestly and the priesthood royal, and who had appointed one over all to be his vicar, to whom all in heaven and on the earth and even under

¹⁾ Migne P. L. Vol. 217 p. 658 A.

²⁾ Migne P. L. Vol. 217 p. 663 C.p en 665 A. B.

³⁾ Migne P. L. Vol. 214 p. 759 C. D.

the earth, bow down their knees, so that all on earth may obey and listen to him, and that there may be one fold and one shepherd. Therefore kings of the world so venerate him from fear of God, that they do not consider themselves to reign aright unless they seek diligently to do him service ¹).

After Philip had been elected to be emperor (in imperatorem) his supporters sent a mission to Rome, announcing his election, asking the pope to do nothing to injure the empire, and intimating that they would as soon as possible come to Rome, to obtain for Philip the dignity of the imperial crown ²). Before giving a written reply, Innocent addressed the members of the mission at a meeting of the consistory. In his address he dwelt on the superiority of priests over kings and on the authority of Peter. Princes have each their separate provinces, and kings their separate kingdoms, but Peter as he excels in the fulness of power, so also in its extent, for he is the vicar of him to whom the earth and the fulness thereof belongs, and it is to Peter that he says, "on this rock I will build my church" ³).

Innocent expressly claimed to be the successor not the vicar of St. Peter, and with all his powers. In a letter to the king of Armenia, Innocent claimed that the successor of Peter had, like the apostle, supremacy over all churches and over the prelates of all churches, yea more, over all the faithful. Others have partial "solicitude" only while the popes have the "plenitudo potestatis", for though inferior to Peter in sanctity of life, and in miraculous powers, they have the same jurisdiction in every respect ⁴).

Only in one case can the pope be judged, and then by the church alone. The union between the pope and the church can

¹) Migne P. L. Vol. 216 p. 923 D 924 A.

²) Migne P. L. Vol. 216 p. 1009 C.

³) Migne P. L. Vol. 216 p. 1013.

⁴) Migne P. L. Vol. 214 p. 779 C. This passage is not included in Gregory's collection of decretals, but the decretals do include some very strong references to the papal power. Thus in I. 7. 2. Innocent declares that there can be no doubt that God has reserved for his judgement the spiritual union of a bishop to his church; just as God alone can separate man and wife and no man has power to do so. When a bishop is removed from his church by the Roman pontiff the vicar of Christ, the spiritual union is dissolved not by human but by divine power.

be broken on the ground of spiritual fornication, i. e. want of faith, though indeed Innocent can scarcely believe that. God would permit the Roman pontiff to err from the faith ¹⁾).

In a letter to the Milanese, Innocent warned them that by opposing the Holy See they made themselves an offence to him who wished the Roman church to obtain rule (*principatum*) over all the earth ²⁾).

One who sought the advice of the pope was said to seek for his reply as an oracle ³⁾. In a letter (to Philip of France) he compared what Christ did through his apostles, to what he himself had done through his legate ⁴⁾).

As we might expect from the great emphasis laid by Innocent on the preeminence of the pope as vicar of Christ, and successor of Peter, to whom rule was given, not only over the church, but over the whole world, we find that where Innocent gives any justification for the issue of orders concerning temporal matters, he usually refers to his powers as a successor of Peter. Thus we find him giving as reasons for his actions that by virtue of that succession he is bound to provide for peace or justice, or to help widows and orphans, or crusaders, or to punish sinners.

Innocent did not content himself with ratifying arrangements ending or likely to prevent disputes, he also intervened to force contending parties to come to terms. The most remarkable case is that of his unsuccessful attempt to mediate between Philip Augustus and John. In 1203 he wrote Philip Augustus calling on him to make peace with John, or at all events a truce, so that terms of peace might be arranged. He pointed out that he was bound as Vicar of Christ to preach peace without respect of persons. He drew a lurid description of the consequences of war; churches destroyed, the rich impoverished, the poor oppressed, religious men compelled to beg instead of devoting themselves to prayer, and those who had devoted their virginity to God prostituted to the lust of robbers. He pointed out other evil conse-

¹⁾ Migne P. L. Vol. 217 p. 665 A.

²⁾ Migne P. L. Vol. 216 p. 712 B. C.

³⁾ Migne P. L. Vol. 216 p. 441 A. "*nostrae reponsionis oroculum requisivit.*"

⁴⁾ Migne P. L. Vol. 214 p. 553 B.

quences, such as the encouragement thereby given to the Saracens, and concluded by warning Philip, that if he disregarded his monition, instructions had been given to the popes nuncio as to the action to be taken ¹). Philip after consulting a council of his ecclesiastical and secular magnates refused to obey, as the pope had no right to interfere between him and his vassal, in a matter concerning feudal relations. The pope now shifted his ground. He disavowed any intention of interfering in a question of feudal relations, but contended that he had rightly intervened, in as much as John had complained that Philip had sinned against him, and would not heed his remonstrances. The pope had unquestionably authority to deal with a case of sin ²). Though Innocent in this case shifted his ground we still find him in other cases, continuing to interfere between temporal powers, and insisting on the cessation of hostilities, as it was his duty to prevent discord ³).

Innocent frequently intervened on behalf of widows and orphans. Thus in 1203 he wrote John remonstrating with him for his failure to give effect to an agreement with Berengaria, the widow of Richard, regarding her dowry; an agreement ratified at John's request by the pope. Innocent in as much as he was specially bound to see justice done to widows and orphans, had given orders to certain abbots to compel John by ecclesiastical pressure (*districtio*) after due warning, to restore what he had taken and to do justice ⁴). In 1205 Innocent wrote Andrew, uncle of Ladislaus the minor king of Hungary, and also to the Hungarian leaders, forbidding them during the minority of Ladislaus to alienate any of the regalia. He took this action in as much as by his apostolic office he was bound to guard minors, being the vicegerent on earth of him to whom it is said by the prophet "thou shalt be a helper of the orphan . . ." ⁵). In as much as the

¹) Migne P. L. Vol. 215 p. 64—66.

²) E. G. Migne P. L. Vol. 215 p. 176. et. seq. Also p. 325—328.

³) Migne P. L. Vol. 215 p. 1182. Vol. 216. p. 61. Vol. 217. p. 227. A. C.

⁴) Migne P. L. Vol. 215. p. 220. D. 221. A. quia viduis et orphanis specialiter sumas in sua justitia debitores. See also page 1219. B.

⁵) Migne P. L. Vol. 215 p. 597. A. nos, qui apostolatus officio teneamur tueri pupillum.

divine clemency had placed Innocent in a situation where it was his duty to secure justice to all, he rebuked, in 1198, the Archbishop of Gnesen and his suffragans for failing to carry out repeated apostolic orders to protect Boleslav duke of Poland from the violent attacks of his enemies. He directed them, should Boleslavs enemies unjustly molest him, to excommunicate them, if they would not listen to the warning of the bishops ¹⁾. The same year Innocent intervened to protect the king of Hungary. He warned Andrew, the kings brother, that Innocent and his predecessors had been more specially moved to maintain the kingdom of Hungary in happiness because of the devotion of its kings, and that he had directed the Archbishops of Gran and Colocsa to excommunicate him and his followers, and to place his lands under an interdict, should he take up arms or stir sedition against the king ²⁾.

In 1204 Innocent decided to grant the request of Calojohn ruler of Bulgaria to be crowned, as his predecessors had of old been crowned from Rome. He wrote him, dwelling on the popes power as vicar of Christ and successor of Peter, and set him as king over the Bulgarian and Wallachian peoples. He did this trusting in the authority of him by whom Samuel anointed David king, in as much as by the Lords precept he was required to feed his sheep, and he desired to provide for the spiritual and temporal welfare of Calojohns subjects ³⁾.

Occasionally we find Innocent confirming the concessions made by one temporal ruler to another, or confirming an agreement in order that the spiritual sword might come to the help of the material. Thus he confirmed, the priveleges granted by former emperors to the king of Bohemia and subsequently confirmed by Otto "in Romanorum imperium electus" ⁴⁾. He also confirmed agreements between Otto and his brothers and the king of Denmark ⁵⁾.

In dealing with heresy Innocent frequently gave orders to

¹⁾ Migne P. L. Vol. 214 p. 38.

²⁾ Migne P. L. Vol. 214 p. 227.

³⁾ Migne P. L. Vol. 215 p. 277 et seq. It may be noted that up to this time he had addressed Calojohn not as king but as "nobilis" or "dominus".

⁴⁾ Migne P. L. Vol. 215 p. 339.

⁵⁾ Migne P. L. Vol. 216 p. 1103.

inflict temporal punishments on heretics and on those who favoured them. Thus in writing to Viterbo, a town in the papal patrimony, he declared that in as much as by his pastoral office Christ's sheep were entrusted to him, he must preserve them from wolves seeking to destroy the vineyard of the Lord. He was therefore compelled to pass severe orders not only against heretics, but against those who defended, harboured, or favoured them. He had himself issued orders in lands subject to his temporal jurisdiction. The failure of rulers and secular princes in other lands to pass similar orders would be dealt with by ecclesiastical censure ¹⁾. He wrote to the king of Hungary a similar letter the following year (1200) ²⁾. In 1204 he wrote to the king of France calling on him to suppress heretics, by the powers given to him from heaven (*tradita tibi coelitus potestate*), compelling his counts and barons to confiscate the goods of heretics, and to proscribe their persons. Should any of his nobles or citizens fail to drive them out of their lands, or harbour or favour them, he should confiscate their goods and annex their lands to the royal domain ³⁾. In 1206 he wrote the king of Aragon authorising him to retain for his own use their moveable and immoveable goods ⁴⁾. In this case Innocent might conceivably be acting on the strength of the papal claims to Spain, possibly arising from the donation of Constantine; but it seems more likely that in this and other similar cases where he gives away the lands of heretics, he is acting on his powers as vicar of Christ. Heretics having by their misbelief forfeited all rights, the church can deal with them, subject always to rights of innocent third parties ⁵⁾.

Innocent frequently passed very stringent orders regarding the position of Jews; thus he threatened the king of Castile with ecclesiastical censure if he continued to favour the Jews as for

¹⁾ Migne P. L. Vol. 214 p. 537—539.

²⁾ Migne P. L. Vol. 214 p. 871—3.

³⁾ Migne P. L. Vol. 215 p. 361.

⁴⁾ Migne P. L. Vol. 215 p. 915.

⁵⁾ It would be essential to deal at some length with the Albigensian crusade in any account of Innocent's life, or in any estimate of his character, but his letters on the subject do not seem to me to add anything in principle to what I have stated above.

instance allowing them to fix, for the purpose of redemption, the value of their christian slaves converted to the faith ¹⁾. In the proceedings connected with Raymond the Count of Toulouse in 1209 the barons had to swear that they would remove the Jews from administrative and permanent appointments and undertake never to restore them, nor to appoint other Jews ²⁾.

I will only deal with one more case namely Innocents reply to an application from the Count of Montpellier, for the legitimation of his children. In his application the Count had referred to Innocents orders legitimating the children of Philip Augustus by Agnes of Meran.

Innocent held that, so far as legitimation for temporal purposes was concerned, it was usually a matter for temporal rulers to deal with, and one of his grounds for refusing the Counts application was that he had temporal superiors. On the other hand Philip had no temporal superior, and therefore wronged no one by subjecting himself to the popes jurisdiction. The pope had jurisdiction in this matter in the patrimony of the church as a temporal ruler. He accepted jurisdiction outside the patrimony of the church in Philips case, because both the Old and the New Testament showed that the pope could for special reasons exercise temporal jurisdiction, even outside the patrimony, in individual cases. (*Certis causis inspectis, temporalem jurisdictionem casualiter exercemus*) ³⁾. He referred as his authority for this, to the provision in Deuteronomy (chapter VII 8—13) that in difficult and doubtful matters reference should be made to the Levites, and their judgement accepted on pain of death to the disobedient. The jurisdiction given to the Levites belonged under the New Testament dispensation to the pope. In the case of disobedience to an order of the pope the punishment was excommunication, whereby the offender was cut off, like one that was dead, from the communion of the faithful.

In conclusion, we find that Innocent holds it incumbent on him, as Vicar of Christ to prevent and stop strife, to see justice

¹⁾ Migne P. L. Vol. 215 p. 617.

²⁾ Migne P. L. Vol. 216 p. 95. D. see also p. 130. B.

³⁾ Migne P. L. Vol. 214 p. 1132. C. gives "causaliter".

is done, to protect widows and orphans and the oppressed, to prevent wrongful attacks on legitimate rulers, and to promote the welfare of peoples. His many exhortations are not to be taken as mere pious advice; a large number of his letters contain threats of severe ecclesiastical punishments, in case of disobedience to his instructions.

He also frequently gives orders that if the parties to a dispute cannot agree, his legate or some other person specially designated by him, should try and decide, or report to him for decision the questions at issue. Where difficult questions arise, he is the rightful judge, and refusal to accept his decision is punishable with excommunication. He has authority to compel secular powers to support the church against heretics, or their supporters, by inflicting such temporal penalties as he prescribes. Secular powers that disobey these instructions are liable to the severest ecclesiastical penalties.

It might almost seem in view of the extraordinary powers claimed by Innocent, as Vicar of Christ, as if there were no place in his system, at all events in a rightly ordered society, for any but the ecclesiastical power. This however is not the case. Innocent holds that as the sun and moon are the two great lights of the firmament, so in the firmament of the "ecclesia", the great christian society, there are two divinely appointed powers, the "sacerdotium" and the "regnum", though indeed the "regnum" derives its glory from the "sacerdotium" like the moon from the sun ¹).

In some of his letters he is quite clear on the point that in the government of the "ecclesia" two swords are required, the spiritual and the material, both alike given by God directly, the one to spiritual, and the other to temporal rulers ²). In a case of heresy for instance, if rulers fail to use their material sword to help the church, they incur the risk of very severe ecclesiastical penalties, penalties which may extend to excommunication, and excommunication is very near deposition. Where however

¹) Migne P. L. Vol. 214 p. 377.

²) Migne P. L. Vol. 214 p. 871. B; Vol. 215. p. 527. B. C.; p. 1060. B.; p. 1358. D. In vol. 215 p. 527 and vol. 216 p. 711. D. the pope speaks of the one sword of Peter.

the temporal ruler is carrying out his duties properly his authority should not be interfered with, on the contrary the church may often come to the help of the temporal power with its spiritual sword. The authority exercised over temporal powers by the pope appears to be an extraordinary authority to be used to secure justice, to prevent or to remedy mischief, to decide difficult questions, or to intervene when there is no temporal superior to whom resource can be had.

Though we thus find that Innocent did not claim as pope, general and direct temporal powers, but only authority in special cases yet he had laid down principles on which such claims could be based, and moreover it rested with the pope to decide when intervention was necessary or desirable. Innocent was very emphatic on the point that the pope judged all men and was judged of none.

L'ÉVOLUTION GÉNÉRALE DES PRIVILÈGES URBAINS
DANS LES CENTRES PRINCIPAUX
DE LA FLANDRE FRANÇAISE DEPUIS LES
ORIGINES JUSQU'À LA RÉVOLUTION¹⁻²⁾

PAR

G. ESPINAS (PARIS).

L'idée du sujet que nous allons avoir l'honneur d'exposer devant vous, nous est venue au cours de recherches faites en vue de la publication d'un Recueil des privilèges des villes de la Flandre franco-belge depuis les origines jusqu'à la Révolution, que nous préparons avec M. M. Ganshof, Secrétaire de ce Congrès, et Nowé, Archiviste à Gand, pour la Société d'Histoire du droit à Paris. Ce recueil, en ce qui nous concerne du moins, est loin d'être terminé: c'est dire que les remarques qui vont suivre sont susceptibles de compléments qui, nous l'espérons, n'apporteront cependant pas de trop grands changements à nos conclusions présentes; en tout cas, l'état actuel d'imperfection de nos recherches est une première raison d'être bref. Un second motif est, qu'en principe, un exposé de cette nature pourrait donner lieu à des

¹⁾ Communication faite au Ve Congrès international des Sciences historiques (Bruxelles. 8—15 Avril 1923). Nous lui avons conservé sa forme générale, en y apportant quelques précisions. — Nous exprimons nos très vifs remerciements à M. O. Martin, Professeur à la Faculté de droit de Paris, pour les remarques qu'il a eu l'obligeance particulière de nous présenter au sujet de certains points de cette étude.

²⁾ Dans cet article, nous entendons par constitution la nature du gouvernement et par administration la gestion des affaires, bureaucratie, police, armée, finances etc., en dehors de la justice: le premier élément concerne plutôt les rapports de la ville avec le pouvoir superurbain, le second la marche interne de la cité; mais cette division n'a évidemment rien d'exclusif et l'autorité non municipale n'intervient pas forcément dans le premier élément et peut intervenir dans le second.

développements presque infinis : la Flandre est, par excellence le pays des villes et le droit urbain flamand forme le prototype des droits municipaux. Mais, cette richesse même a rendu jusqu'ici son exploration assez incomplète et il ne manque pas d'études à écrire encore à son sujet : il est donc indispensable de se borner et nous pensons précisément que la question comme nous la comprenons peut être traitée assez rapidement si l'on s'en tient à ses grandes lignes. Afin de terminer ces préliminaires, nous ajouterons que par Flandre française, nous entendons la partie française de l'ancien comté de Flandre tel qu'il existait à l'avènement de Philippe d'Alsace en 1168, s'étendant jusqu'à la Canche : ce serait donc la Flandre proprement dite, Flandre wallonne et Flandre maritime, et l'Artois comtal, l'Artois des bailliages, en dehors du Ponthieu, du Boulonnais et du comté de Guines.

Les historiens de l'histoire urbaine flamande, et si l'on veut bien nous permettre de nous nommer nous-mêmes parmi eux, ne considèrent guère dans les villes que leur origine et leur apogée avec le début de leur chute : ils les étudient donc tout au plus jusqu'à la fin du XIV^e siècle, s'arrêtant bien avant même l'achèvement du Moyen Age. Leur raison ou, si on le préfère, leur prétexte, est qu'à dater de ce moment, la ville commence à décliner et que son étude n'offre plus qu'un intérêt très relatif, bien inférieur à celui que présente l'examen de son apparition et de sa splendeur, et qui ira même toujours en diminuant. Il est certain qu'après une période de formation et d'épanouissement, la seconde correspondant à peu près au règne de saint Louis, à partir de l'époque des guerres de Philippe le Bel en Flandre, les villes de la région flamande française, pour un ensemble de causes diverses, internes et externes, politiques, économiques, sociales, diplomatiques, par exemple la décadence de la draperie, causes que nous n'avons pas à traiter ici, paraissent commencer à tomber ; les centres urbains semblent perdre de leur importance relative comme absolue ; non seulement leur développement est arrêté, mais à l'histoire urbaine se substitue l'histoire territoriale et même nationale. Finalement, devant cette faiblesse continue et cette déchéance grandissante, on dirait volontiers : „la ville se meurt ! la ville est morte !” Mais on ne doit rien exagérer. La ville n'est plus, sans doute, en voie de crois-

sance, elle se repose, mettons même qu'elle soit malade, mais elle n'est pas moribonde et surtout elle n'expire pas. Nous savons bien qu'un romancier a écrit un roman célèbre sur „Bruges-la-Morte” ¹⁾ et avant lui, à l'autre extrémité de la Gaule, un historien géographe avait composé un travail sur „Les villes mortes du golfe de Lion” ²⁾; mais ce sont là de simples expressions poétiques, qui, excellentes comme titres de livres, ne correspondent pas à la réalité. Une ville vraiment morte est une ville qui, par suite, n'aurait pu que s'éteindre tout-à-fait et complètement disparaître: on en a d'ailleurs deux exemples en Artois, ceux de Théroutanne et de Vieil-Hesdin, deux localités qui, on le sait, ont été exactement détruites, tuées par Charles-Quint en 1553 et dont on ne connaît plus que la situation locale, comme ces villages que la guerre de 1914—1918 a ruinés absolument et dont un écriteau seul signale l'emplacement passé et l'existence finie. Mais, ces exceptions faites, les villes françaises de l'ancien comté de Flandre se contentent de somnoler et, si elles arrivent à s'endormir, ce n'est pas du sommeil de la mort: telle d'entre elles même, comme Lille, après une période de déchéance qui se fait sentir presque dès le début du XIII^e siècle, grâce au renouveau grandissant de l'industrie textile, reprend ensuite une vie véritable et active ³⁾. Et, ce qui mieux que toute autre preuve montre que ces villes n'ont nullement expiré et confirme qu'elles vivent de leur existence organique propre qui, de la façon la plus générale, est celle d'un petit état placé sous la tutelle d'un pouvoir territorial ou national, c'est qu'elles continuent, jusqu'en 1789, à recevoir ce qui est l'expression, la manifestation, la représentation par excellence de cette existence spéciale, ce qui est la marque distinctive de leur qualité politique et juridique de ville-état, ce qui est le signe caractéristique de leur nature urbaine déterminée, c'est qu'elles continuent à recevoir des concessions diverses, disons des chartes, des privilèges, et ces droits variés,

¹⁾ Par G. Rodenbach, 1892.

²⁾ Par Ch. Lenthéric, 1875.

³⁾ Voy. d'une façon générale, dans les 5 vol. consacrés à l'histoire de Lille depuis le Moyen Age jusqu'au XVIII^e siècle inclusivement, par M. A. de Saint-Léger, les chap. relatifs spécialement à l'histoire économique (Lille, 1908.—1913).

elles les obtiennent au XVIII^e siècle, à la veille de la Révolution, comme au XII^e, au lendemain de ce qui fut la Révolution urbaine. On n'accorde pas de concession à ce qui ne jouit pas d'une vie indépendante, on ne donne pas et on ne reçoit pas de privilèges posthumes en quelque sorte.

Ainsi, depuis ses origines jusqu'en 1789, la ville est toujours restée ville, fut-ce à des degrés divers : sa valeur économique et sociale a pu diminuer, sa nature juridique elle-même, nous le verrons, a pu changer de forme, le fond est demeuré intact. Cette continuité de son existence propre et cette persistance, qui en est le résultat, de l'obtention des privilèges, est un premier fait exactement fondamental, qui concerne, en effet, la base de l'histoire urbaine. Mais il ne suffit pas de le noter et, à lui seul, il ne mériterait peut-être pas l'intérêt d'un exposé historique un peu développé. Si l'on considère maintenant de plus près la nature de ces privilèges, ce que l'on peut appeler la forme des concessions, cet examen semble entraîner quelques remarques générales. Il nous a paru, en effet, et nous espérons que ce n'est pas là une illusion de l'imagination ni quelque manie de classification, que, du moins dans quelques villes, certains de ces octrois présentent ¹⁾, aux mêmes époques, des analogies intéressantes et que, dans la suite des temps, leurs séries ont évolué suivant les mêmes directions, bref, que pendant une durée qui ne correspond pas à moins de six siècles environ, on peut les répartir, d'après la division des périodes séculaires, selon quelques catégories successives assez déterminées. Ces similitudes ne se rencontrent pas et ce classement ne saurait se faire pour toutes les localités pourvues de franchises ni pour toutes les concessions accordées. S'il s'agit des villes, la plus grande partie des centres communaux, qui sont de petites ou même de moyennes places, n'ont eu qu'une vie de privilèges extrêmement restreinte ou, en quelque sorte désordonnée : après avoir obtenu, vers le milieu du Moyen-Age, une ou deux concessions, le silence se fait complètement sur elles, à cet égard du moins, et nous n'entendons plus parler d'octrois nouveaux ou, si les privilèges continuent, leur réunion ne pré-

¹⁾ Quelques uns du moins des actes qui vont être cités paraissent être inédits : nous ne pouvons que renvoyer simplement aux Dépôts, Archives ou Bibliothèques, auxquels ils appartiennent.

sente aucune suite régulière et ne forme aucun ensemble ordonné. Les localités que nous voulons examiner sont, d'abord et avant tout, les grands centres : dans la Flandre wallonne, Douai et Lille ; dans l'Artois, Arras et Saint-Omer ; on y joindra, dans la seconde région seule, des centres moyens, Aire et Béthune, et même des localités de moindre importance, telles qu'Hesdin-le-Vieux, qui nous fournissent des renseignements sans doute moins complets, mais toujours intéressants : ils confirment, en effet, les indications que nous donnent les places plus considérables et leur valeur, pour restreinte soit-elle, croît précisément en raison de l'importance relative des localités auxquelles elles se rapportent. S'il s'agit, d'autre part, des actes, nous ne considérons, bien entendu, que les plus importants et les plus généraux d'entre eux, ceux qu'on est convenu d'appeler, sous une forme un peu vulgaire et imprécise, les chartes de communes.

Nous allons donc, dans les centres principaux que nous avons énumérés, examiner les privilèges dans leur ordre chronologique et voir, comme nous l'avons supposé, si cette succession dans le temps ne s'accompagne pas d'une succession dans la nature. Si nous remontons à l'origine, admettons que les places urbaines de cette importance se soient formées vers la seconde moitié du XI^e siècle. Nous n'avons pas à rechercher ni à exposer ici quels furent leurs rapports détaillés avec les pouvoirs territoriaux pendant les cent cinquante à deux cent cinquante années qui suivirent, jusqu'en 1250 environ, d'autant plus qu'on ne doit pas se le dissimuler, ces relations restent trop souvent à peu près inconnues. Admettons encore simplement deux points : la rapidité de développement, sinon d'organisation, de la commune et ses relations pacifiques avec l'autorité. Mais enfin, cette dernière n'en subsiste pas moins à l'entour et au dessus de la ville, celle-ci ne vit, et au milieu d'elle, que grâce à une sorte de tolérance effective de sa part, et un moment arrive, plus ou moins rapidement selon les centres, où les deux organismes estiment nécessaire de s'entendre officiellement, de passer une sorte d'accord, et où le plus récent croit utile de se faire reconnaître juridiquement par l'autre, resté son supérieur, et de transformer ainsi une situation de fait en un état de droit. Cette demande est consentie et alors se montrent les premiers privilèges, les premières chartes.

Elles diffèrent, sans doute, de plusieurs points de vue, qu'il s'agisse du temps, du nombre ou même du contenu. Elles s'éparpillent, d'abord, sur plus d'un siècle, depuis 1127, année où apparaît la mère des privilèges, la vénérable et célèbre charte de Saint-Omer, jusqu'en 1235, année de la charte tardive de Lille, centre que l'on peut pourtant appeler la métropole de la Flandre wallonne, en passant par une série d'actes et de dates intermédiaires. Elles diffèrent également par leur nombre: certaines places, Lille ¹⁾ et Aire ²⁾, n'ont reçu qu'une concession; d'autres en ont obtenu plusieurs: trois comme c'est le cas à Arras ³⁾, Saint-Omer ⁴⁾, et Hesdin ⁵⁾, quatre à Béthune ⁶⁾, même cinq ou six ainsi qu'à Douai ⁷⁾; parfois aussi ces chartes successives, sans être de simples vidimus, ou même confirmations, s'enchevêtrent les unes dans les autres et se répètent, du moins partiellement ⁸⁾. Elles diffèrent enfin, sinon par leur nature, du moins par la forme de cette nature. Tout d'abord, et ce côté est assez curieux, elles sont orales ou

¹⁾ 1235, mai (Voy. Wauters, *Table chronologique des diplomes*, IV, 216).

²⁾ 1188 (Wauters, II, 672).

³⁾ a) S. d., par Philippe d'Alsace (Ed.: [Guesnon], *Inventaire chronol. des chartes de la v. d'Arras*, n^o. 1, p. 1. — b) 1194 (Le même, n^o. 4, p. 3. — c) 1211; reproduction, avec additions, de b (Le même, n^o. 9, p. 8).

⁴⁾ a) 1127, 14 avril (Ed.: Giry, *Histoire de la v. de Saint-Omer*, P. J. 3, p. 371. — b) 1128, 22 août: reproduction de a, avec additions (Giry, P. J. 4, p. 376). — c) 1168 env.; de même pour b (Giry, P. J. 14, p. 387).

⁵⁾ a) 1192, [févr.] (Ed.: Delaborde, *Recueil des actes de Ph. Aug.*, I, n^o. 408, p. 498). — b) 1207 (Hesdin: *Arch. Munic.*: reg. des privilèges dit „Matreloge de le ville de Hesding”, fol. 4—6; voy. Delisle, *Catalogue...*, n^o. 1030; trad.: Tailliar, *Recueil d'actes en langue romane wallonne*, n^o. 13, p. 45. — c) 1215; reproduction partielle de b, avec additions (Matreloge, fol. 9—11).

⁶⁾ 1210, oct. (Ed.: Du Chesne, *Hist. géneal. de la maison de Béthune-Preuves*, 86). — b) 1215, déc. (Du Chesne, 96). — c) 1222, mai (Du Chesne, 105). — d) 1228, juillet (Du Chesne, 124 et 327). Ces actes, à vrai dire, se répètent à peu près les uns les autres.

⁷⁾ a) S. d., sous Philippe d'Alsace: concession ou confirmation („comes tenuit” ou „manutenuit burgenses ..”) purement orale, mentionnée dans les actes suivants. — b) 1213, juin, par Ph. Aug. (Voy. Wauters, *Table*, III, 387). — c) même date, par le futur Louis VIII, reproduction de b (Ed.: Espinas, *La vie urbaine de Douai au Moyen Age*, III, P. J. 12, p. 10). — d) 1223, nov.; reproduction partielle de b. c. (Voy. Petit-Dutaillis, *Etude sur... Louis VIII: catal. des actes...*, n^o. 49). — e) 1226 déc. (Ed.: Espinas, *Douai*, III, P. J. 29, p. 21. — f) 1228, sept. (Ed.: le même, P. J. 31, p. 23).

⁸⁾ Voy. les n. précédentes.

écrites. Il n'y a pas à parler de la seconde forme qui se comprend d'elle même, mais à Douai, nous savons par des concessions un peu postérieures que la première en date, celle de Philippe d'Alsace, fut certainement orale ¹⁾; il en est de même à Lille, quand, en 1218, la comtesse Jeanne concède à Seclin ²⁾ „la loi, la liberté et les coutumes” de la première ville: ce sont là de simples exemples du fait général de l'antériorité de la parole sur l'écrit. De plus, ces concessions sont courtes ou longues, ou, en d'autres termes, simples ou complexes et de formes relativement variées. A Douai encore, le pouvoir concédant se contente ³⁾ ou à peu près ⁴⁾ ou au surplus ⁵⁾ de spécifier qu'il maintient les bourgeois dans les „bonæ consuetudines dans lesquelles Philippe d'Alsace les maintint” lui-même; ou ce prince accorde littéralement en deux mots à Orchies ⁶⁾, les „lex et libertas Duaci” et il ne dit et on ne sait rien de plus. D'une manière un peu plus développée, à Douai encore, en 1229, Ferrand et Jeanne, après avoir de nouveau confirmé les „usus et consuetudines et leges” de Philippe, règlent la constitution par la nomination de l'échevinage et, du côté judiciaire, parlent des rapports avec Arras comme chef de sens, puis de l'appel. A Béthune, en 1210, une charte assez courte encore, établit la juridiction échevinale, puis concerne les *communia* et un vivier. Viennent enfin de longues concessions. A Lille, en 1235 ⁷⁾, le privilège accordé par Jeanne règle la nomination du Magistrat et le fonctionnement des principaux organismes urbains, s'occupe de la taille et de quelques autres points tels que la donation de la halle. A Saint-Omer, en 1127 ⁸⁾, la charte de Guillaume Cliton traite de l'indépendance et de la justice de la ville et, à titre assez spécial, sa partie essentielle est relative aux libertés fiscales et en même temps commerciales. Mais, le plus souvent, il convient de le remarquer,

¹⁾ Voy. p. précédente la n. 7 et joindre la concession faite à Orchies, citée ci-après n. 6.

²⁾ Brun-Lavainne, *Roisin*, 231.

³⁾ Voy. p. précédente, n. 7, l'acte d.

⁴⁾ Voy. de même, les actes b, c, e.

⁵⁾ Voy. de même, l'acte f.

⁶⁾ Voy. Wauters, *Table II*, 670—671.

⁷⁾ De Saint-Léger, *Lille au Moyen Age*, 64 - 67.

⁸⁾ Giry, *Saint-Omer*, 52—54.

à Aire en 1188 avec la loi de l'Amitié; à Arras, à deux reprises, avec Philippe d'Alsace, puis, en 1196, avec Philippe Auguste; à Hesdin, en deux circonstances également, en 1191 et 1207 avec Philippe Auguste encore et son fils; à Saint-Omer, en 1168, avec Philippe d'Alsace ¹⁾, c'est le droit criminel qui est exposé et développé: si on rapproche cette extension particulière de la tendance générale qu'ont les autres chartes à traiter de la juridiction, on reconnaîtra qu'elles concernent avant tout la justice; en d'autres termes, comme on le dit à Saint-Omer en 1127 et à Lille en 1235, elles veulent d'abord établir „la paix de la ville”. C'est peut être ce qu'expose le mieux la célèbre charte de l'Amitié d'Aire: c'est une loi d'union, principe sur lequel est naturellement fondée la communauté: „unus subvenit alteri tanquam fratri suo in utili et honesto”; et c'est une loi de justice, édictée contre les violateurs de ce principe de l'association. Philippe Auguste l'énonce brièvement à Hesdin en 1191: „concedimus burgensibus Hesdini pacem et comuniam”.

Avec cette question de fond, deux autres points méritent d'être retenus. Ces concessions représentent clairement un accord entre les deux parties. On le voit d'après des rubriques ²⁾ de la première charte d'Arras: „privilege de le fondation de le loy du comte Philippe d'Alsace”, d'une part; „talis est lex et consuetudo quam cives Attrebatenses tenent”, de l'autre: le pouvoir territorial a fondé la loi urbaine et les bourgeois la possèdent par lui. Et mieux encore, dans la loi d'Aire: „lex amicitiae jus comitis non destruit nec amicitiae legem delet jus comitis:” le droit du comte et la loi de la ville ne se détruisent pas réciproquement. Il y a presque égalité entre les deux contractants, qui concluent une sorte d'accord synallagmatique. En second lieu, ces privilèges doivent plutôt confirmer que créer: „nous concédons aux bourgeois de Saint-Omer”, dit Guillaume Cliton en 1127 ³⁾; et à ceux d'Hesdin, déclare Philippe Auguste en 1191 et 1207; „nous concédons aux échevins et aux bourgeois” disent en 1229, à Douai, Ferrand et Jeanne; et de même à Béthune en 1225 et à Lille en 1235: tous les bénéficiaires, classes et même organismes,

¹⁾ Giry, 67.

²⁾ Guesnon, 1.

³⁾ Voy. d'ailleurs Giry, 55—56.

existent donc et on se contente de régulariser ou de modifier. En somme, ces concessions ou confirmations des „lex et consuetudo, jura et consuetudines, libertas et lex” de la ville, établissent de la façon la plus générale, par leur nature surtout judiciaire, ce qu'on peut appeler le droit urbain, la loi de la ville, bien que ces termes un peu vagues ne soient pas parfaits; elles règlent plus précisément la constitution urbaine et l'organisation de la justice municipale: elles sont la base de la liberté de la cité, elles forment le statut juridique de la bourgeoisie naissante. Elles correspondent plus ou moins au début de l'apogée de la ville, à une époque qui n'est plus celle de la communauté primitive, de la „communio” proprement dite, mais au début du patriciat échevinal, d'une classe dirigeante et gouvernante qui, d'un côté, vise à dominer la cité intérieurement, de l'autre, à l'émanciper extérieurement d'une façon complète du pouvoir super-urbain.

Ces privilèges permirent, en effet, tous les développements de la commune, au dehors comme au dedans; mais, pour la raison essentielle du recrutement de l'échevinage par cooptation, ils furent aussi le point de départ de tous les abus qui naquirent au cours du XIII^e siècle et ne firent que s'aggraver ensuite. Ils aboutirent, finalement, à une seconde série de chartes, qui est moins répandue et moins générale que la première, car on ne la trouve que dans les trois centres de Saint-Omer ¹⁾, de Douai ²⁾ et même d'Arras ³⁾ et elles ne concernent, en somme, que deux points connexes très déterminés. Les documents audomarois, et aussi douaisiens ⁴⁾, résument admirablement les événements: „Un discort, une dissention, disent les premiers, s'estoit meu entre les gros et le peuple, le second maintenant que les premiers s'estoient malvairement tenu ou gouvernement de la ville”, et, d'autre part, „ils contoient l'un as autres de leur administration, sans autrui apeler de la vile, et ainsi estoit li eschevinages et li gouvernements comme heritages”. Alors, „le peuple” fit appeler „les gros”

¹⁾ Giry, P. J. 73-75, p. 444 ss.

²⁾ Espinas, *Les finances de la Commune de Douai...*, P. J. 65, p. 456.

³⁾ Guesnon, P. J. 52, p. 48.

⁴⁾ Voy. en particulier les § 1-2 de la P. J. 65 et joindre *Les Finances*, 33-42, 58-63.

par devant la comtesse d'Artois comme „par devant leur droit juge”: elle les convoque et „ils se compromistrent du haut et du bas” en elle et elle accepte de „corriger et de refourmer dou tout à se volonté”, disant qu'à elle „appartient de refourmer l'estat de notre ville pour la paix et le profit de notre ville et des habitans”. Elle alla jusqu'à nommer elle-même des échevins, et à Douai, en plusieurs circonstances, la commune fut même supprimée complètement par le pouvoir royal ou comtal. Alors, à Douai en 1297 ¹⁾, à Arras en 1302, à Saint-Omer en 1305 ²⁾, à la suite des réclamations précédentes et d'autres analogues, le pouvoir territorial concède des chartes qui règlent les deux questions essentielles suivantes: c'est, d'une part, la création d'une commission surtout financière, élue par cooptation ou par le commun, à laquelle sont dévolus de préférence tous les pouvoirs fiscaux enlevés à l'ancien échevinage; d'origine populaire, de fonctions avant tout fiscales, elle est, au fond, la véritable maîtresse de la ville; en outre, non seulement elle est nommée suivant des conditions extrêmement compliqués, dans un but certain d'honnêteté défiante, mais elle élit de même l'échevinage qui, ainsi dépend d'elle et perd son indépendance et sa supériorité; c'est, d'autre part, la dévolution de certains droits et en particulier de la surveillance des comptes, au commun et au pouvoir public.

Ces chartes sont donc essentiellement d'origine plébéienne, de nature anti-patricienne, de but financier et d'exécution publique: elles viennent d'une partie inférieure de la communauté qui, écartée depuis longtemps de toute participation aux affaires urbaines par le patriciat et opprimée par lui, surtout à titre fiscal, se révolte en appelant à son aide la puissance extérieure, tutrice et maîtresse naturelle des villes, mise à l'écart également par l'échevinage. Cette importance fondamentale des finances montre que, si cette sorte de révolution est exécutée par une petite bourgeoisie composée avant tout de travailleurs, de petits patrons industriels spécialement occupés de la draperie, elle a de pré-

¹⁾ Voy. la constitution du 23 déc. 1297 (Ed.: Funck-Brentano, *Additions au Codex diplomaticus Flandriae de . . . Limburg-Stirum*, 384; dans *Biblioth. de l'Ecole des Chartes*, 1896, t. 57); joindre Espinas, *Finances*, 64—68, et *Douai*, I, 319—324.

²⁾ Giry, P. J. 74—75, p. 447—452, et aussi 75—76.

férence un caractère fiscal. Le commun ne réclame pas une participation à la communauté et ne demande pas des droits civiques : cette participation et ces droits, il les possède en principe, sinon en fait, il ne paraît même pas solliciter de changements dans l'ordre économique : il requiert une meilleure situation sociale, surtout du point de vue financier, et à cet effet, comme il ne peut naturellement rien obtenir de ses gouverneurs directs, il recourt aux concédants des chartes précédentes, des libertés antérieures. Oppresseurs et opprimés sont tous des bourgeois : il ne s'agit donc pas de droit urbain ni de condition des personnes ; il s'agit de rétablir dans les villes l'union et l'égalité communales détruites par le patriciat à son seul profit. Celui-ci est deux fois vaincu : à l'intérieur, à titre administratif par le commun ; à l'extérieur, à titre politique par le pouvoir public. Et ce dernier est le véritable vainqueur, car il rentre dans la ville qu'il avait failli perdre, et il n'en sortira plus : c'est le triomphe de l'Etat et c'est peut-être là le fait le plus caractéristique et dont les conséquences seront les plus durables ¹⁾. Cherchant maintenant pour quels motifs les chartes de cet ordre ne se rencontrent pas dans toutes les villes, on remarquera qu'elles existent dans les trois centres, tout à la fois les plus oligarchiques et les plus industriels et où, par suite, le commun avait dû prendre le développement le plus extrême et subir l'oppression la plus dure ; la grande métropole de Lille, au contraire, continua sans doute à ressentir les effets économiques de la terrible crise qui l'atteignit dès 1213, au moment du siège de la ville par Philippe Auguste et, en outre, du point de vue politique, elle put éprouver les résultats bienfaisants de la charte d'origine publique et de nature libérale de 1235 ²⁾ ; quant aux autres places, elles n'eurent jamais qu'une valeur économique secondaire.

Ces chartes nous mènent au début du XIV^e siècle, période assez confuse, beaucoup moins nette que l'époque classique, pour ainsi dire, du XIII^e. Aussi, ne voit-on pas très exactement le résultat des bouleversements précédents : en tout cas, ils ne sem-

¹⁾ Nous ne pouvons que renvoyer, pour plus de développements à ce que nous avons déjà écrit dans *Finances*, 43-58, et *Douai*, I, 263-269.

²⁾ De Saint-Léger, *Lille au Moyen Age*, 66-67.

blent pas avoir complètement persisté. Les réformes se maintinrent bien quant au fond, mais perdirent une partie de leur caractère plébéien et extrême, l'échevinage retrouva plus ou moins le système antérieur de nomination par cooptation avec ses pouvoirs, à l'exception essentielle, cependant, de ses droits financiers; la commission fiscale persista en effet, tout en voyant diminuer le nombre de ses membres, tout en s'oligarchisant pour ainsi dire; enfin, commun et pouvoir superurbain conservèrent leur droit de contrôle sur les comptes: c'est ce que montre parfaitement une ordonnance rendue par l'autorité française pour Douai en 1311 ¹⁾. En somme, l'entrée de la petite bourgeoisie dans la direction des affaires urbaines ne semble pas avoir donné les résultats attendus au profit de la ville: elle avait été favorable au pouvoir extérieur même, mais non pas, sans doute, à la commune; administrateur si égoïste que fût le patriciat, on peut conjecturer que, même dans ses plus mauvais jours, il avait encore l'idée de l'administration et que, sous la surveillance d'une autorité supérieure, il serait arrivé de nouveau à d'heureux résultats, alors que le commun était incapable de rien administrer. Le pouvoir public paraît s'en être rendu compte et il fut amené ainsi à adopter cette sorte de système mixte que l'on vient de constater pour Douai. La ville semble donc, au XIV^e siècle, avoir eu une administration de composition aristocratique, de surveillance publique et d'intérêt communal. Ce n'est pas, sans doute, qu'elle fût exempte de défauts, mais les réformes constitutionnelles, la tutelle supérieure et aussi l'amoindrissement économique, qui dut modérer et tempérer les passions extrêmes d'autrefois, purent restreindre des tendances fâcheuses. Autant qu'on peut s'en rendre compte, l'état général fut sans doute normal ²⁾.

On l'admettrait d'autant plus en considérant le genre de chartes de cette époque. Il y en eut une série d'origine publique, sauf à Arras: en 1334, à Béthune ³⁾, à la suite d'une supplication des

¹⁾ *Ordonn.*, XI, 423—425; voy. à son sujet Espinas, *Finances*, 72—74; *Douai*, I, 262—263, 325—327.

²⁾ An sujet de cette période, on peut voir pour Douai même, *Finances*, 73—95 et aussi 96—102; *Douai*, I, 269—277.

³⁾ De Loisne, *La loi de justice et de coutume de la ville de Béthune du 2 mai 1334* (*Soc. des antiquaires de la Morinie. Bull. histor. trim.*, 162^e et 163^e livr.

échevins demandant au pouvoir territorial „d'enquerre, de ratifier et d'aprouver la vérité des libertés et franchises" de la ville; en 1341, à Lille ¹⁾, en raison d'une doléance de la cité prétendant avoir été „grevé" par les officiers royaux „contre ses anciennes franchises" encore et après laquelle le roi ordonna une enquête; à Aire, en 1374 ²⁾, comme conséquence d'une demande de la cité à l'autorité bourguignonne de jouir toujours de ses privilèges, dont le feu venait de détruire les titres, et même à Douai, en 1368 ³⁾ d'abord, lors du rétablissement de la commune supprimée deux ans auparavant par l'autorité royale ⁴⁾, dont elle avait violé l'un des droits judiciaires, suppression qui confirme bien que le pouvoir supérieur n'entendait nullement abdiquer sa prééminence; puis, en 1373 ⁵⁾, lors du „retour de Flandre", lorsque la ville, avec la Flandre Wallonne, revient sous la domination flamande-bourguignonne; d'autre part, à Arras, la ville édicte une longue ordonnance „pour sa reformation et reparation" ⁶⁾. Joignons y également des „accords" proprement dits, conclus au besoin en Parlement par le pouvoir territorial et la cité après des „débats" survenus entre les deux autorités: à Béthune en 1367 ⁷⁾, à Saint-Omer en 1378 ⁸⁾ et à Arras en 1379 ⁹⁾.

Toutes ces pièces continuent à être des documents d'ordre

Saint-Omer, 1892. T. IX. 1892—1896. Saint-Omer, 1897. — Tir. à part. Saint-Omer, 1892).

¹⁾ *Ordonn.*, VII, 540; Brun-Lavainne, *Roisin*, 354; voy. de Saint-Léger, *Lille au Moyen-Age*, 139.

²⁾ Aire: *Arch. munic.*, A II 6; éd.: voy. Dard, *Bibliogr. histor de l'arrondiss. de Saint-Omer*, n°. 808; *Mémoire pour le maieur et échevins de la v. d'Aire contre le grand bailli d'Aire*. 1776. *Pièces justificatives*, 1777: p. 18 (Voy. Dard. 910. Un exempl. s'en trouve Bibl. Nat.: *fonds des Nouv. Acq. franc.*, ms. 3376; voy. fol. 156 du ms.).

³⁾ *Ordonn.*, V, 130, 136; voy. *Douai*, I, 327—333, avec *Finances*, 96—98

⁴⁾ *Ordonn.*, XII, 103—107; voy. *Douai*, I, 100 et n. 2.

⁵⁾ Espinas, *Douai*, IV, P. J. 1283, p. 451; voy. I, 333—336.

⁶⁾ Guesnon, *Invent.*, n°. 105, p. 110.

⁷⁾ Béthune: *Arch. munic.*; reg. A A 5, fol 37'—42'.

⁸⁾ Bibl. nat.: fonds des *Nouv. Acq. franc.*, ms. 20. 027, pièce 45; Saint-Omer: *Arch. munic.*; Gros registre du greffe, fol. 235; anal. dans Giry, *Analyse et extraits d'un registre des Arch. munic. de Saint-Omer*, n°. 125 (*Mém. de la Soc. des Antiq. de la Morinie*, XV. — Tir. à part. Saint-Omer, 1876).

⁹⁾ Guesnon, *Invent.*, n°. 131, p. 144.

presque exclusivement juridique d'où l'économie reste à peu près absente¹⁾, mais, cette réserve faite, le premier point de vue y est considéré sous tous ses aspects, législation et surtout constitution, justice et administration, à l'exclusion cependant de l'élément constitutionnel dans les accords; l'organisation fiscale continue à y jouer parfois un rôle assez essentiel. De toutes façons, ce ne sont pas ou ce ne sont plus les principes qui sont en cause, mais c'est de leur application seule que l'on parle, comme on le dit à Arras, en une série de „questions” particulières: ainsi, en matière judiciaire, c'est au sujet, non pas de la justice même que les parties ont des difficultés, mais de la juridiction et, par suite, les différends prennent-ils souvent une forme personnelle, s'engageant à propos de procès survenus dans la ville, d'agissements et d'empiètements des agents publics contre cette dernière et qui amènent des discussions entre échevins et bailli ou sergents. Dans leur rédaction, ces pièces sont toujours longues et détaillées et, par cela même, intéressantes: en effet, elles sont les premières à nous renseigner sur nombre de points secondaires, demeurés inconnus auparavant dans des textes qui, ne s'occupant que des principes, restaient forcément beaucoup plus brefs, et c'est ainsi qu'elles fournissent parfois des indications relatives à des questions d'origine très antérieures. Mais, leur caractère de conciliation fait qu'elles n'offrent pas de tendances politiques bien nettes: l'absence d'actes analogues plus anciens permet précisément de les considérer comme des sortes de mises au point nécessaires, en raison des changements qui ont pu se produire dans la vie urbaine, surtout depuis le début du siècle. En admettant même que quelque difficulté se soit élevée entre les deux pouvoirs, par suite principalement d'un excès de zèle de l'autorité supérieure, et bien que celle-ci n'abdique nullement sa prééminence, on arrive aisément à s'arranger, on n'a pas l'intention de se fâcher et de se brouiller et si, comme à Douai, on va jusqu'à se séparer, ce n'est que très momentanément: „Madame retient en elle, déclare Marguerite d'Artois en 1379, à Arras, la seigneurie de remédier à toutes choses en la ville”; néanmoins, énonce Philippe VI en 1341 à Lille,

¹⁾ Il y est rarement question de la nomination des inspecteurs économiques dits eswardeurs.

„voulons tous griez et nouvelletéz faiz à noz améz habitans estre reformés”; et „pour nourrir perpetuellement pais et vraie amour entre nous et notre ville”, disent Eudes et Jeanne à Béthune en 1334. Tous ces actes sont, en somme, des accords. A cette époque, pour des causes diverses, pertes de pièces, difficultés à régler, ou même sans cause bien définie, ces différentes villes semblent avoir éprouvé le besoin, la nécessité de faire cette sorte de relevé et d'examen: il en résulte, avec le pouvoir extérieur, des arrangements de tournure administrative, qui paraissent témoigner généralement d'un état de stabilité et de fonctionnement convenable des institutions urbaines et nous renseignent à leur sujet sur de nombreux points de détail.

Sans doute, des deux privilèges de Douai, le premier, d'origine française en 1368, est, en matière constitutionnelle et financière, de tendances plutôt populaires et anti-échevinales, critiquant certains procédés fiscaux du Magistrat, et inversement, le second, de provenance bourguignonne, en 1373, revient à un caractère plutôt aristocratique; mais surtout, dans l'époque des documents précédents, nous avons mis à part deux chartes qui appartiennent à la ville secondaire d'Hesdin et se suivent, en 1370 et 1372 ¹⁾. Elles paraissent annoncer une autre série de privilèges, dont on connaîtra des exemples, en somme, depuis cette date jusqu'à la fin du XVI^e siècle, à peu près jusqu'aux grands changements territoriaux des deux siècles antérieurs à la Révolution. A Hesdin donc, en 1370 et 1372, et même encore en 1447 ²⁾, à Aire en 1466 ³⁾, à Saint-Omer en 1447 ⁴⁾, puis en 1500 ⁵⁾ 1506 ⁶⁾ et 1587 ⁷⁾, à Douai en 1506 ⁸⁾ et 1534 ⁹⁾, et même à Béthune en

¹⁾ Hesdin: *Arch. munic.*; Matreloge, fol. 102, et 97'—98.

²⁾ *Ordonn.*, XIX, 240—247.

³⁾ Aire: *Arch. munic.*, A II 6; éd.: voy. Dard. 810 (Un ex. du placard ainsi désigné se trouve Bibl. nation.: fonds des *Nouv. Acq. franc.*; ms. 3376, fol. 87); *Mém. pour le maieur etc...*; P. J., p. 23; fol. 89 du ms.

⁴⁾ Saint-Omer: *Arch. munic.*, A B 121 ⁵⁾; éd.: voy. Dard, 37; anal.: Giry, *Saint-Omer*, 77.

⁵⁾ Ed.: Pagart d'Hermansart. *Hist. du bailliage de Saint-Omer*, II, P. J. 10, p. 376.

⁶⁾ Id., P. J. 11, p. 382.

⁷⁾ Id., P. J. 14, p. 391.

⁸⁾ Douai: *Arch. munic.*, A A 29.

⁹⁾ De même, A A 32; après, il est vrai, une suppression partielle de la réforme précédente, faite par Maximilien le 1^{er} juin 1513 (A A 30).

1421 ¹⁾ et à Lille en 1467 ²⁾, apparaît une quatrième catégorie de pièces. Nous pourrions encore y joindre, à Arras, la célèbre et grande charte imposée en 1481 par Louis XI à la ville de „Franchise”, ³⁾ si elle n’était réellement de nature très spéciale. Les actes précédents viennent expressément de „dénonciations”, de réclamations faites au pouvoir territorial par la plus grande partie de la ville, qui peut comprendre, non seulement les bourgeois et la communauté, mais les nobles et les ecclésiastiques, bref, tout ce qui n’appartient pas au Magistrat et aux offices fiscaux et hospitaliers, où, dit-on, „il y a maniance d’argent”. Ces plaintes se ramènent toujours aux mêmes chefs, s’exprimant au besoin sous des formes similaires. La ville est „petitement conduite, se dépeuple et va à la ruyne”, ou „porroit cheoir et demourer en desert”. C’est que l’échevinage n’observe plus les prescriptions relatives au renouvellement de la Loi; tout se passe littéralement en famille; les électeurs sont „des gens mécaniques”, dit-on, à Douai en 1534, évidemment des machines, des gens de paille, qui choisissent les nouveaux éligibles que les anciens élus veulent leur faire prendre, pour les „manier”, si bien que, non seulement les membres du Magistrat „font l’élection du tout à leur plaisir et voulenté”, en dehors du pouvoir public, mais que les commissions financières appartiennent aux mêmes personnes ou aux membres des mêmes familles que l’échevinage. A Hesdin, dès 1370, les membres du Magistrat „par ainsi distribuoient et despensoient les biens de la dicte ville à leurs voluntez, sans ce que nulz autres du commun en peussent savoir vraie congnoissance”; à Aire, la cité a été „souventes foy bien petitement . . . entretenue par les ports, faveurs et partialités que les dits de la Loy ainsi aliéz povoient porter et avoir les ungs envers les autres soubz umbre de leur proximité et nulz autres, fors eulx seulement, ne povoient savoir aucune chose du gouvernement ne de l’exercice des dis offices”; à Saint-Omer, en 1447 comme en 1305, „ils cuident que ce soit leur heritage” et, à Douai, pour mieux parvenir à leurs fins, ils vont jusqu’à „trancher

¹⁾ Béthune: *Arch. munic.*; reg. A A 5, fol. 1—10.

²⁾ Anal.: Brun-Lavainne, *Roisin*, 456 (d’après Roisin, fol. 183); voy. de Saint-Léger, *Lille sous la domination des ducs de Bourgogne*, 123.

³⁾ *Ordonn.*, XVIII, 643.

et oster aulcuns mots et lignes es serments" des électeurs, échevins et membres de la Commission financière. Tous ces abus vont „contre les privilèges „des villes „et l'intention des princes qui les avoient octroiez”.

Mais alors, au XVe ainsi qu'au XIIIe siècle, des causes semblables produisent des effets analogues. Le pouvoir public intervient „pour mettre bon ordre ou fait de la police et gouvernement de la loy et justice”. A titre constitutionnel, le système des élections familiales est sévèrement interdit, tout se passera aussi loyalement que possible; électeurs et élus prêteront serment au bailli, auquel au communiquera, au besoin, préalablement les noms. A titre financier, échevinage et commissions fiscales seront rigoureusement séparés, les membres des deux séries d'organismes recevront des gages déterminés et les échevins, en particulier, auront leurs pouvoirs restreints; également, les comptes seront rendus et contrôlés; des mesures de surveillance enfin, seront prises non seulement par l'échevinage sur les commissions, mais par le pouvoir public sur l'échevinage. Toutes ces dispositions essentielles et d'autres secondaires, sont édictées dans des ordonnances dont certaines, et avant tout la charte audomaroise, par leur développement et l'abondance des détails, sont, comme les concessions de la série précédente, d'un réel intérêt. Pour toutes les villes, sauf Saint-Omer, on paraît s'être borné à ces mesures de surveillance, mais dans celle-ci on alla plus loin. En 1500, le duc de Bourgogne déclare que la ville est tellement „diminuée et amoindrie que si par bon ordre elle n'est aydiée, elle pourra tomber en grand ruyne”. Alors, il prescrit que si, sur les 12 échevins, huit continueront à être nommés par le pouvoir urbain, les quatre autres le seront dorénavant par le bailli; le mayer le sera également par son avis; les gages de tous les membres du Magistrat sont diminués et on leur fait une obligation de s'occuper des affaires. Ce système, supprimé en 1506, sans motifs visibles¹⁾, est rétabli en 1583 et le pouvoir public insiste sur l'incompatibilité résultant de certains degrés de consanguinité. Toutes ces chartes signifient naturellement, à la suite

¹⁾ On sait qu'une suppression temporaire de la réforme se produisit à Donai également; voy. plus haut p. 162, n. 9.

de réclamations de la plus grande partie du monde urbain, pour des motifs encore fiscaux, la reprise ou même le renforcement de l'intrusion du pouvoir extérieur dans la vie communale. Au fond, l'administration urbaine, grâce sans doute à un renouveau de laisser-aller du pouvoir territorial, en était retournée aux abus en vigueur à la veille de la révolution de la fin du XIII^e siècle; sous des formes peut-être un peu différentes et adoucies, le gouvernement municipal est encore revenu à une sorte de monopole, mais qui paraît s'exercer moins contre une partie déterminée de la communauté que contre la cité en général, qui semble avoir moins pour but de tyranniser un élément de la ville que d'en favoriser un autre, bref, qui doit agir moins directement que par répercussion; quant aux réclamants, ce qu'ils demandent contre cette situation, c'est pour la seconde fois, non pas un changement d'ordre juridique à la condition des personnes, mais une amélioration réelle à leur état social. Finalement, à Saint-Omer surtout, il en résulte un accroissement très net des droits du pouvoir public au détriment de l'indépendance urbaine.

En dernier lieu, nous arrivons à l'aube de l'ancien régime sous Louis XIII et nous y entrons avec Louis XIV. Il se produit alors deux séries successives et contraires d'événements politiques intéressant la royauté française; gains d'abord, pertes ensuite; conquêtes du premier des souverains précédents et aussi du second au début de son règne, de 1640 à 1667, puis pertes à son achèvement de 1708 à 1710 ¹⁾).

¹⁾ Nous donnons ci-après la liste par villes de ces capitulations, avec l'indication des actes originaux et des éditions les plus courantes.

Aire. — a) 1641, 26 juillet (*Arch. munic.*, A A; éd.: voy. Dard, 821). — b) 1676, 31 juillet (*Ibid.*; Dard, 840) — c) 1710, 16 nov. (*Ibid.*; Dard, 849).

Arras. — 1640, 12 août *Arch. munic.*, A A 4 12-15; éd.: [Six et Plouvain], *Recueil des édits... enregistrés au Parlement de Flandre*, IX, 3; Guesnon, *Invent.*, n^o. 353, p. 438).

Béthune. — a) 1645, 29 août, et 28 déc (*Arch. munic.*, A A 8). — b) 1710, 8 sept. (*Ibid.*). — c) 1711, 16 mai (*Ibid.*).

Donai. — a) 1667, 6 juillet (*Arch. munic.*, A A 124; éd.: Six et Plouvain, IX, 35). — b) 1710, 3 juillet (A A 125; éd.: de Lamberty, *Mém. pour servir à l'histoire du XVIII^e s.*, VI, nouv., éd., 106).

Lille. — a) 1667, 27 août (*Arch. munic.*, carton aux Affaires générales 309; éd.: Six et Plouvain, I, 27; Brun-Lavainne, *Les sept sièges de Lille*, 270). — b) 1708, 22 oct. (Carton 310; éd.: Lamberty, V, 132; Brun-Lavainne, 402; Santai, *Le siège de la ville et de la citadelle de Lille en 1708*: P. J. 11, 394).

Quelle que soit la puissance victorieuse, après la prise de la ville, les représentants du pouvoir national et ceux du gouvernement urbain signent une „capitulation” accordée, bien entendu, par l'élément vainqueur à la partie vaincue; sous une forme plus complète encore, „pour plus grande facilité”, ainsi qu'on le déclare à Lille en 1708, il peut y avoir une capitulation militaire et une autre que l'on appellerait civile, la seconde étant la seule dont nous ayons à nous occuper ici. La raison de principe de l'accord reste toujours la même: c'est l'existence de la ville en tant qu'Etat inférieur passé sous la domination d'un autre état supérieur et qui se fait confirmer ses droits par l'autorité nouvelle, chose qui s'est toujours produite dans des changements analogues de nationalités ou simplement de chef territorial, par exemple dès l'époque des guerres de Flandre sous Philippe le Bel, à Douai ¹⁾ et à Lille ²⁾, et même à Aire sous Louis XI ³⁾. Mais les actes de cette nature se ressentent évidemment des conditions extraordinaires dans lesquelles ils ont été conclus: si deux ou trois dispositions concernent le maintien des privilèges urbains et corporatifs, comme de la constitution, bref, si quelques très rares articles sont relatifs au respect du passé, le reste, la totalité, en somme, se rapporte expressément au présent. Il embrasse les questions les plus diverses, depuis la juridiction jusqu'aux Monts de Piété et depuis la religion jusqu'aux droits de douane, et l'histoire des privilèges ne paraît même pas comprendre d'actes d'une nature générale aussi variée; d'une façon plus précise, non seulement un certain nombre d'articles touchent directement des détails d'applications temporaires résultant de l'état de guerre, de la durée du siège ou du changement de

Saint-Omer. — 1677, 22 avril (Minute: collection de M. l'abbé Bled à Saint-Omer; copie: *Arch. munic.*, LXIV 4; éd.: Pagart d'Hermansart, *Le siège de Saint-Omer en 1677* (*Mém. de la Soc. des Antiq. de la Morinie*, XXI); d'après la copie).

¹⁾ a) 1300, 7 janvier (Voy. Funck-Brentano, *Philippe le Bel en Flandre*, 334, n. 4). — b) 1307, 13 août (Ed.: Espinas, *Douai*, IV, P. J. 871, p. 12).

²⁾ a) 1297, 29 août (*Arch. munic.*: caston aux titres 1299; reg. aux titres D E F, fol. 24', et P. Q, fol. 22; éd.: Brun-Lavainne, *Les sept sièges*, 69; le même, *Roisin*, 341. — b) 1302, 13 août (carton 1300; reg. G H I, fol. 91'; éd.: Brun-Lavainne, 89). — c) 1304, 14 sept. (carton 1300; reg. A B C, fol. 114' et G H I, fol. 1; éd.: Brun-Lavainne, 92).

³⁾ Aire: *Arch. munic.*, A A 4 5; éd.: voy. Dard, 811.

domination, affaires d'amnistie, de prisonniers, de logements de gens de guerre, de casernes, de biens etc, mais même toutes les dispositions sont, très naturellement, plus ou moins envisagées du point de vue militaire ou même politique; inversement, il n'y a pour ainsi dire pas d'article de nature fondamentale et permanente concernant la réorganisation de l'état municipal: on se borne à en confirmer le fonctionnement, à en assurer la marche existante, sans la modifier quant au fond et, par suite, sans la décrire. Les capitulations ne nous exposent donc pas proprement la vie urbaine, elles se rattachent plutôt à la fortification de la ville qu'à son beffroi, et même pendant un temps limité, bref, elles envisagent les choses sous un aspect un peu particulier. Néanmoins, ces documents, dont quelques uns sont assez étendus, nous fournissent nombre d'indications indirectes sur les institutions communales, dont on peut tirer un profit réel pour leur histoire et leur étude: ils forment une nouvelle série de privilèges, les derniers de l'histoire des villes indépendantes, caractérisant l'époque pré-révolutionnaire. D'autant mieux qu'à l'égard de la composition, ils ont l'avantage de nous renseigner par comparaison sur les conditions probables dans lesquelles les concessions antérieures ont dû être requises et accordées; eux-mêmes sont exactement, dirait-on, des privilèges en demande: ils présentent, en effet, matériellement, une division en demandes et en réponses. „Ce sont des points à représenter au roy, des articles proposés au roy par les Magistrats des villes”; alors, „S. M. ¹⁾ ayant entendu la lecture des articles cy-après, a trouvé bon d'y faire mettre les responses cy-dessous, desquelles elles promet la ponctuelle exécution”. Ces réponses sont de quatre sortes: on accorde à titre temporaire ou définitif et c'est le cas régulier; ou, dit-on, „ce sera à examiner”; ou on concède moyennant certaines reserves ou explications, ou enfin on refuse. Dans les concessions anciennes, nous ne connaissons que les résultats; ici, nous avons, en quelque sorte, leur histoire, leur confection ²⁾. En outre, ces accords constituent un véritable

¹⁾ Saint-Omer.

²⁾ Nous reproduisons ci-après quelques détails intéressants sur la préparation de la Capitulation de Lille en 1708: „L'on s'était préparé à la Capitulation dès le commencement du siège. Je fus chargé d'y travailler. Voici l'ordre que j'observais. Je pris la vieille Capitulation [1667]. Je fis un extrait

ensemble; à une même époque, on renvoie d'une capitulation à une autre contemporaine ou, à une époque récente, on s'appuie sur une capitulation du siècle précédent. Cette catégorie de concessions ne saurait donc être tenue en dehors de la suite régulière des principaux octrois urbains.

Aucun doute ne paraît être, en effet, possible. Depuis 1127 jusqu'à 1710, pendant exactement près de six siècles, les centres les plus importants de la Flandre et de l'Artois se sont vu concéder jusqu'à cinq séries de privilèges successifs et déterminés. Toutes les villes ne les possèdent pas au complet et on ne saurait même guère citer que Douai et Saint-Omer comme présentant leur succession intégrale; dans les autres places, une série quelconque fait défaut. Il n'en demeure pas moins que, sinon cette identité absolue, du moins cette ressemblance presque parfaite d'environ sept places, par un côté essentiel de leurs institutions, mérite d'attirer l'attention, montrant bien qu'il ne s'agit pas d'un pur hasard, d'une simple remontre, qui se constateraient pour deux ou trois d'entre elles, au plus, et pour un temps très limité. Les cités précédentes ont certainement évolué dans des conditions similaires, à peu près aux mêmes moments, et, à chaque époque, leurs privilèges présentent un véritable synchronisme et une réelle ressemblance. A titre chronologique d'abord, divisons donc

de tous les articles qui avaient du rapport les uns avec les autres pour les mettre en ordre. Je commençai par la religion, ensuite à la constitution de l'administration de la province en corps d'état, à tout ce qui était commun à la ville et à la chatellenie, aux charges, aux acquisitions, à tous les édits et arrêts faits durant la domination de France; après quoi, je plaçai les matières de commerce, la monnaie, les manufactures, les privilèges du Magistrat et de la ville en particulier; enfin, tout ce qui avait du rapport au siège ou à la guerre venait en dernier lieu. Après que mon plan fut dressé sur cette méthode, je consultai mes confrères et les Jurisconsultes du corps sur tout ce qui avait pour but les privilèges, les matières de droit et de justice et les magistrats sur le commerce. Mon plan fut ensuite communiqué à la chambre commune, changé, augmenté ou diminué; et afin qu'on n'eût qu'à en faire la lecture en pleine assemblée quand il serait temps, je lus mon projet à tous ceux du corps partagés en cinq ou six comités particuliers; et, les choses en cet état, chacun se tint assuré et il ne parut aucune inquiétude. Presque tous les corps avaient donné des mémoires pour faire des articles particuliers et j'en formai ces articles" (*Mémoire de ce qui s'est passé au sujet du siège arrivé au mois d'août 1708*; cité dans Sautai, *Le siège*, 405).

l'ensemble des siècles, qui s'étendent du XII^e au début du XVIII^e, en cinq périodes: le XII^e avec le premier tiers du XIII^e; l'extrême fin du XIII^e et les premières années du XIV^e; la fin du XIV^e depuis 1370 jusqu'à la fin du XV^e; enfin les deux derniers tiers du XVII^e et le début du XVIII^e. Cherchant maintenant à caractériser de la façon la plus générale et la plus précise à la fois, chacune de ces séries de concessions, nous pourrions dire que les premières étaient essentiellement judiciaires, les secondes sociales, les troisièmes administratives, les quatrièmes constitutionnelles et les dernières politiques: nous voulons parler ainsi du caractère principal de chaque catégorie, ce qui ne signifie pas que chacune ne présente pas encore d'autres traits secondaires. On peut remarquer que, si les premiers privilèges réglaient avant tout la condition des personnes en justice, les seconds concernent de préférence la participation à la direction de la ville, les troisièmes régularisent l'ensemble de l'administration urbaine, les quatrièmes redressent l'organisation communale à titre surtout fiscal, les dernières s'occupent des conséquences diverses que peut entraîner un changement de régime territorial-politique d'origine militaire. Mais, les circonstances dans lesquelles ces octrois successifs ont été concédés ne sont pas non plus identiques: les premiers, les troisièmes même et encore les derniers, peuvent être regardés comme ayant été réclamés par l'ensemble de la communante; les seconds et les quatrièmes n'ont été demandés que par un élément et, de part et d'autre, cet élément, sans avoir toujours la même composition personnelle, est du moins, toujours anti-patricien, anti-échevinal; et de part et d'autre encore, les réclamations sont faites, les concessions sont accordées d'un point de vue avant tout fiscal, qu'il s'agisse de la constitution ou de l'administration; on constate ainsi une sorte d'alternance régulière et de balancement rythmique, par lesquels les choses ont une double tendance à progresser d'abord, puis à revenir sur elles-mêmes. D'un autre point de vue encore, surtout politique, la ville est certainement en ascension avec les premiers privilèges et en décroissance avec les autres. Elle marche d'abord vers son émancipation en état indépendant; puis elle retombe, et par sa faute, sous la domination territoriale ou nationale, mais, dans le dernier cas, elle change exactement de domination d'Etat, ce qui confirme bien le caractère essentiellement politique des privi-

lèges qui lui sont alors accordés. Et cette déchéance de la cité à partir des secondes concessions fait que, si les premières concernent plutôt la justice, c'est-à-dire le mode le plus élevé du droit, si elles se rapportent expressément à des questions de principes, les autres touchent plus ou moins directement à des points d'administration surtout fiscale, et même à ses vices: elles n'ont plus pour but d'établir et d'organiser la ville, mais bien plutôt de la réformer, sinon même de la reformer, car elles constatent presque sa division en deux parties essentiellement opposées et dénotent la fin de la „communio”: disons donc que les premiers octrois sont le résultat de demandes, les seconds et les quatrièmes et quelque peu également les troisièmes, les conséquences de plaintes. Poussant les choses à l'extrême, on voit, par les derniers privilèges accordés, non plus en temps de paix, mais en temps de guerre, que si la ville demeure toujours un organisme particulier, elle n'est jamais qu'une partie d'un tout beaucoup plus considérable, dont elle doit suivre, malgré elle, le sort varié. Constatons, en effet, que si le milieu et la fin du Moyen Age, comme l'époque dite de la Renaissance, ont donné de véritables privilèges, la période appelée l'ancien régime n'en a plus vu réellement paraître. Dans cette dernière phase, la ville avait comme une tendance à s'effacer devant l'Etat, tendance que la Révolution transformera en fait accompli en supprimant absolument le droit urbain.

Quelles sont, enfin, les conclusions auxquelles peuvent conduire les remarques précédentes? Quelle doit être d'abord la raison profonde des privilèges? C'est évidemment, encore une fois, l'existence de la ville en tant qu'Etat dans un Etat, c'est parce que les deux organismes, malgré leur différence de valeur et de forme présentent cette ressemblance fondamentale qu'ils ont entre eux des rapports qui, à certains moments, doivent être réglés par des requêtes et des octrois, bref, des privilèges demandés et concédés. C'est, en second lieu, parce que la ville conserve toujours ce même caractère étatique que, toujours aussi, elle reçoit des concessions, mais c'est naturellement encore parce que les relations entre les états peuvent changer, que la forme de ces concessions se modifiera parallèlement. Tel est le fait proprement historique qui apparaît si l'on considère chaque ville en particulier; la ville est privilégiée, elle le demeure toujours, mais elle ne le reste pas

dans des conditions identiques, car elle n'est pas absolument indépendante. Puisqu'en effet, chaque centre fait partie d'un ensemble plus considérable, qui est le territoire, il ne suffit pas de l'examiner isolément, il faut le comparer aux autres centres du même milieu géographique-politique; or, nous constaterons que les places d'une valeur sociale égale ou voisine reçoivent aux mêmes époques des privilèges similaires: dans un même temps, les concessions peuvent se grouper en un ensemble; à des époques successives, elles se suivent par séries. Cette généralisation ne saurait étonner: c'est la conséquence, encore une fois, de la situation de centres socialement comparables dans un même élément territorial politique. Nous aboutissons donc à une seconde conclusion: dans une même région administrative, non seulement chaque ville, d'une valeur sociale donnée, considérée isolément, est privilégiée et l'est toujours comme ville, mais les diverses cités d'une valeur sociale comparable, aux mêmes époques, le sont semblablement; il y a toujours eu, pour chaque ville, des privilèges, et pour plusieurs villes voisines analogues, il y a eu des séries successives de privilèges semblables; en d'autres termes, il ne faut pas isoler le territoire et la ville, car si la ville, comme telle, est relativement indépendante du territoire, comme partie de ce dernier, elle ne l'est pas complètement et les deux faits réagissent l'un sur l'autre. Trois éléments, d'une action croissante, permettent donc de rapprocher entre eux les centres urbains: leur qualité de villes, leur appartenance à un territoire, leur état social. Attribuons ainsi à cette évolution des privilèges un caractère non seulement historique, mais presque sociologique, dont la valeur est même d'autant plus grande que la région étudiée a plus d'importance dans l'histoire urbaine: or, encore une fois, le territoire examiné peut être considéré comme ayant une valeur type ¹⁾).

¹⁾ M. Pirenne, dans sa communication faite au Congrès, à la section d'Histoire économique, sur la „Liberté et réglementation dans l'histoire économique”, altermanance qu'il a comparée au mouvement du pendule, sur une remarque qui lui a été présentée, a dit avoir choisi les phénomènes économiques en vue de prouver cette sorte de rythme, comme étant plus simples que les faits politiques. Peut-être notre bref exposé pourra-t-il être regardé comme une démonstration de l'application du principe en question à la politique, et nous nous permettrons d'ajouter que, dès 1913, nous croyons avoir constaté un

Une dernière conclusion à tirer de ces remarques dans l'ordre pratique, et c'est à elle que nous voulons finalement aboutir, c'est que dans l'établissement d'un recueil de privilèges urbains, on ne saurait, en réalité, s'arrêter à une date quelconque avant la Révolution; on n'a aucune raison sérieuse de choisir l'une plutôt que les autres. Si, de prime abord, on hésite devant l'augmentation de la longueur des collections, on peut remarquer que les privilèges les plus nombreux, sinon aussi les plus longs, appartiennent à l'époque médiévale: la Renaissance et l'ancien régime, les trois derniers siècles, n'ont qu'assez modérément ajouté aux périodes antérieures. En fait, les concessions les plus anciennes sont évidemment les plus importantes. Mais, cette supériorité paraît être moins absolue que relative; elle vient moins des privilèges considérés en eux-mêmes que de l'état général de la ville auquel ils se rapportent, qui est celui de son origine et de son développement. Récentes ou anciennes, ces concessions restent toujours des actes de même nature et, en fait, leurs caractères distincts les rendent toutes intéressantes à des titres divers. Mieux même, la continuité de l'existence de la ville comme telle fait que les privilèges d'une époque moyenne, tout au moins, contribuent à nous renseigner sur les plus anciens qu'ils complètent, et que les plus récents confirment tous les précédents et les embrassent en quelque sorte. Tous sont reliés entre eux, tous font partie d'un ensemble et tous se réunissent pour le constituer; ce sont comme les anneaux d'une chaîne et, si on enlève un seul de ces anneaux, on ne peut que briser la chaîne elle-même.

mouvement analogue dans l'évolution constitutionnelle de la seule ville de Douai au Moyen Age (1229—1373; *Douai*, I, 368—370). Il est possible que ce mouvement du pendule arrive à être considéré comme une loi générale de la vie des sociétés et, au fond, n'est-ce pas une démonstration scientifique de l'idée connue: „L'histoire est un perpétuel recommencement”?

THE TREE OF BATTLES AND SOME OF ITS SOURCES. ¹⁾

by

G. W. COOPLAND (LIVERPOOL).

Some consideration of the known facts in the life ²⁾ of the author is a necessary preliminary to examination of the sources and purpose of the Tree of Battles, more especially as Honoré Bonet is famous, rather than well known, even in the country of his origin, and because his work, as we believe, derives its peculiar colour and value from the life and experience, rather than from the learning of its writer.

He was born in Provence in the early forties of the 14th century ³⁾ and may have been reared and educated in the Kingdom of France. In 1368 he made the journey to Rome. In 1382 he was a priest, a professed monk of the Abbey of L'Isle Barbare

¹⁾ The substance of this article was communicated to the V^e Congrès des Sciences Historiques, Brussels, April, 1923. (Section VII, subsection 2, Droit médiéval et moderne). It forms part of the general introduction to an annotated English translation of *l'Arbre des Batailles* which is in preparation.

²⁾ For Bonet's life etc., see Paulin Paris, *Les Manuscrits François de la Bibliothèque du Roi*, t. VI, pp. 243—274; *L'Apparition de Jehan de Meung*, with introduction by Pichon, 1845, Soc. des Bibliophiles français.

Nys, Honoré Bonet et Christine de Pisan, in *Etudes de Droit International et de Droit Politique*, 1896, and the Introduction to *L'Arbre des Batailles*, 1883.

Noël Valois, *Un ouvrage inédit d'Honoré Bonet*, *Annuaire-Bulletin de la Société de l'Histoire de France*, 1890, XXVII, p. 193.

And, in English, the Introduction to Gilbert of the Haye's *Prose Manuscript*, vol. 1. *The Buke of the Law of Armys*. Ed. J. H. Stevenson, S. T. S. 1901.

For older works see those cited in Chevalier under "Bonnet".

³⁾ Pichon suggests c. 1340. *op. cit.* p. V.

at Lyons, and Prior of Salon or Sellonet in the diocese of Embrun ¹). This priory he was anxious to relinquish if a better benefice could be provided for him ²). He passed the next four years in or near Avignon and in close contact with the house of Anjou, with the University of Avignon, with Clement VII. The degree of doctor of decretals was conferred on him in the autumn of 1386 by Jean le Fèvre, Chancellor of Anjou ³). In 1387 the issue of the Tree may have brought him under royal notice but it was not until 1390 that he was attached in a subordinate capacity to the commission charged with the administration of Languedoc, after the dismissal of the Duke of Berry ⁴). There are grounds for ascribing to him a *Judicium Veritatis in Causa Schismatis* which from internal evidence must have been

¹) See Bibl. de l'Ecole des Chartes, LII, 1891, pp. 265—268, where Mr. Valois publishes an extract from a *Liber Supplicationum* in the Vatican Archives which establishes these facts. The supplication was presented to Clement VII by Louis of Anjou and includes a petition beginning, "Item Honorato Boneti, licenciato in decretis, presbytero, monaco expresse professo monasterii Insulae Barbare, Lugdunensis diocesis, ordinis S. B., priori prioratus de Sallono, Ebredunensis diocesis, de beneficio ecclesiastico, dignitate, administratione seu officio", etc. Until this discovery of Mr. Valois Salon had been identified with Salon near Marseilles in the diocese of Arles; it may now be accepted as the modern hamlet of Selonnet (dept. Basses-Alpes).

²) Non obstante praedicto beneficio de Sallono quod paratus est dimittere. Supp. cited above.

³) Journal of Jean le Fèvre, Evêque de Chartres, Ed. H. Moranvillé, Paris, 1887, e. g. tom. 1, page 263, under date April, 1386. "Ce jour le prieur de Salon a tout lettres de creance de Madame parti a aler a Sisteron et escrisoit au seigneur de Peupin, au capitaine messire Orse et a Pierre Artauld.... et aloit en entencion de les exoiter que tost il venissent devers Madame et le Roy faire leur devoir".

P. 264, "Ce jour vint le prieur de Salons de Sisteron et apporta nouvelles a Madame de la voie malicieuse a laquelle tendent ceux de Sisteron".

P. 265. "Lundi 23 jour le prieur de Salon apres disner parti alant a Avignon cum litteris domine ad Papam; domina dedit ei X francos pour aucun deffrait".

⁴) L'Apparit. de J. de M. Ed. Pichon, Introd. and P. 80, note 21. Bonet was in the service of Pierre Chevreuse, one of the three important persons sent to Languedoc with large powers of reform. His own words are. "Ay-je veu tant de choses en la commission que fut donnee jadiz a feu sire de Chevreuse es parties de Languedoc et de Guyenne en laquelle je fu par la vouldenté du roy".

written in 1389 ¹⁾. In 1392 he was present at an interview at Amiens between Charles VI and the Duke of Lancaster which is known to have taken place in April of that year ²⁾. A sojourn at the court of Aragon must have occurred before the end of 1393 ³⁾ and in the same year he was the unsuccessful candidate for the abbacy of L'Isle Barbare ⁴⁾. In spite of a severe illness, lasting more than twelve months ⁵⁾, his literary activity continued and in 1394 there appeared the *Somnium super Materia Schismatis* ⁶⁾, one of the most interesting minor contributions to the literature of the great schism and of the politics of the period.

At Paris in 1398 ⁷⁾, when Bonet was still absent from his native country through the war then being waged by Raymond of Turenne against the house of Anjou ⁸⁾, he produced the

¹⁾ Valois, *Grand Schisme d'Occident*, vol. 1, p. 368, and p. 369, note; Claude le Laboureur, *Les Mazures de l'abbaye royal de l'Isle Barbe*, ed. Guigue, 1887, (reprint of the edition of 1681). The work in question exists in manuscript form and is analysed by Mr. Valois.

²⁾ From internal evidence of *Somnium super materia Schismatis*.

³⁾ *Somn. super mat. Schism.* "Quartum stratum palatii subintravi in quo regem Arragonie quia sepe eum alias videram bene novi; et idcirco magis securus de antiqua noticia" etc.

⁴⁾ Le Laboureur, ed. Guigue, 1, p. 217. "Marquis Bonhort, Gentilhomme de Provence, donna pouvoir au Prieur de St. Jean-d'Ardiere, son ami, d'engager quelques joyaux a lui appartenans et des deniers qui en proviendroient, soustenir l'election qui avoit este faicte de la personne de Honore Bonhar son frere, prieur de Salon en abbe de l'Isle, apres la mort de Jean de Sonhetto". This extract is quoted at page 482, B. E. C. 1891, with the words. "Prieur de Salon et abbe de l'Isle", which appears to destroy the sense. The election of Bonet was not confirmed and one Aynard de Cordon became abbot. The Catalogue of Royal and King's Manuscripts, B. M. vol. 1, p. 374 describes the Prior as Abbot of l'Isle Barbe; this is erroneous.

⁵⁾ See the four letters published by Mr. Valois in *Annuaire-Bulletin of Soc. de l'Hist. de France*, 1890, p. 216. They are all of date 1394, and are written from Paris to a prelate of the Avignon court, a nephew, a Provençal lady of high rank, and a magistrate of Avignon. The writer says of himself "Fui infirmus usque ad mortem et duravit infirmitas anno et ultra nec sum adhuc perfecte curatus".

⁶⁾ Published, in part, by Mr. Valois: see note 2, p. 173, supra.

⁷⁾ He was living in the house formerly inhabited by Jean de Meung, cf. Quicherat, B. E. C., XLI, 1880, pp. 46—82.

⁸⁾ *Apparition*, prose portion. "Et bien devotement supplie a tous ceux qui les liront comment ils veuillent interpreter tout mon escript car je n'ay pas

Apparition de Jean de Meung, and, probably in the next year, as Legatus of Charles VI, he preached a sermon before Wencelas, King of the Romans, in which he pressed for the withdrawal of obedience from the two Popes ¹⁾).

The last recorded appearance of Honoré Bonet that has so far come to light is of date 1405, when he is described as "Maître rational de la Cour de Provence" ²⁾. The date of his death is unknown; we may suppose that it occurred before the meeting of the Council of Pisa.

We shall call attention here only to certain aspects of Bonet's career which have either passed unnoticed, have received insufficient emphasis, or have been, perhaps, misinterpreted.

And first as to his university studies. Mr. Nys has said, "Quand on retrouve dans l'Arbre des Batailles des pages entières des jurisconsultes italiens, on est porté à croire qu'Honoré Bonet suivit les cours de quelque université d'outre-mont" ³⁾. On this suggestion three remarks may be made. First, the premiss on which Mr. Nys's surmise is based will require much modification on a closer scrutiny of Bonet's sources. Second, the works of the Italian legists were the common property of European universities in that age. With succeeding generations the fashions changed, but it is broadly true to say that the stock of texts in use is very much the same, at a given moment, in the law schools of

mestier d'estre en hayne de personne du monde comme cellui qui suy hors de mon pays pour la guerre que maistre Remond Rogier a faite tant longuement en Provence contre le jeune roy Louys de Cecille pour ce que ne me plaist d'estre en pays de guerre, car ne sçay ne doy armes porter et mon benefice est maintenant de petite value".

¹⁾ Printed in *Oesterreichische Geschichts Quellen*, *Scriptores*, 6, 1865, and described as: *Oratio legati Caroli VI Francorum Regis ad Wenceslaum Romanorum et Bohemiae regem*. It is chiefly interesting as showing how Bonet, in common with most Frenchmen, had left his former position of strong supporter of the Avignon Pope. He now presses strongly for the way of cession and the enforcement of the latter by withdrawal of obedience. There are interesting side-lights on the effects of the great schism, e.g. a description of the conduct of a Bishop in Navarre who after overthrowing a rival bishop, causes the chrism blessed by his predecessor to be burned and declares that those baptised with it have not received sacramental baptism.

²⁾ Pichon, *op. cit.* note 2, p. XIX.

³⁾ Nys, *Arbre des Batailles*, 1883. *Introd.* p. XVI.

Western Europe ¹⁾. There is nothing, then, in the internal evidence of the Tree to prove or disprove that Bonet studied in Italy. Third, we have his own statements to consider. In the introduction to the Tree he refers to the land of Provence, "dont je suis natif et nourri", and when addressing the Spanish council in the *Somnium super Materia Schismatis* he says that, though Provençal by origin, yet he was French, "affectione et nutrimento" ²⁾. The method of this *Somnium* is such that it is impossible to doubt that the writer would have revealed any long Italian experience that had fallen to him.

Finally, there exists quite external and independent evidence which points to a close connection on our author's part, at least after his licentiate stage, with the University of Avignon ³⁾. It

¹⁾ cf. the lists of books printed in Fournier, Statuts, arts. 1291, 1302, 1316, 1359, 1451, 1490, etc. Bartolus of Sasso-Ferrato for the civil law and Joannes Andriae for canon law are seldom absent from the lists of law-books of Bonet's age.

²⁾ *Somn. super mat. Schism.* "Quibus ego dixi; Affectione et nutrimento sum Gallus, sed non de Gallia natus; de Provincia traxi originem".

³⁾ The Journal of Le Fèvre refers to the University of Avignon in the following passages:

April, 1382. "Le Mardi ensuivant la nacion de Prouvence de l'universite d'Avignon se vint recommander a monseigneur: et fist un docteur religieux de Saint Benoist prieur de Salon la proposition.....".

May, 1382. "Et ce jour le pape me fist son referendaire et me bailla le role des estudians Prouvenceaulx de l'universite d'Avignon". Moranvillé p. 35.

May, 1385. "Le second jour fu faite une harengue devant le Roy et Madame par le Prieur de Salon et fu de par les Prouvenceaulx estudians en Avignon....". Moranvillé p. 105.

October, 1386. "Mardi XXXIII jour je fis docteur es decres le prieur de Salon et y eust grande et belle compagnie."

The mention here of a "nation of Provence" is of some interest. It seems clear from the documents available that there were no "nations" at Avignon. The attempt by the students to have a rector elected by themselves, and an organisation into nations, had been unsuccessful. It is possible that these extracts refer to an unofficial grouping of students according to region of origin, but they are difficult to reconcile with the statutes of the University. Again it will be noted that le Fèvre, who is Chancellor of Provence, confers on Bonet the degree of doctor. It is true that before the recognition of the schools of Avignon by bull of Boniface VIII in 1303 Charles II had already accepted them as a university and had laid down that degrees should

occurs incidentally in the Journal of Jean le Fèvre, Bishop of Chartres, and Chancellor to the house of Anjou in Provence. Under date April 1382, he records that the nation of Provence of the University of Avignon came to recommend itself to Monseigneur of Anjou in the person of the Prior of Salon; and again in 1385 a discourse was pronounced before the young king Louis by the Prior, "et fu de par les Prouvençaux" studying at Avignon. And in October of 1386 Fèvre conferred on Bonet that degree of Doctor of Decretals to which he seems to have attached so much importance. This testimony from the Journal does not prove, of course, that Bonet had taken his earlier grades at Avignon, though it indicates the possibility. On the other hand it establishes a definite connection with that university, some position of importance among the Provençals engaged in study there, and the only demonstrable link with any university whether on this or on the other side of the Alps.

Another and wider aspect of Bonet's education has to be emphasised if we are to assess rightly the intent, the limitations, and the value of his most famous work.

He was not a learned man in the narrower academic sense. He knows the Canon Law, has some acquaintance with the Latin classics, and with Aristotle; his historical reading had been extensive ¹⁾. But his attitude to the great legists and professors is a humble one; the phrases, "the masters of the law", and "our masters", which he uses so frequently, express a real deference, and are more than the polite and routine form of the professional writer on the law in mediæval times. His own strength lay in another direction. He had had much talk with

be bestowed, "per cancellarium nostrum dum presens in Provincia fuerit".

But the bull of Boniface of 1303 states clearly that it is the Bishop of Avignon who has power to confer degrees. We must confess ignorance of the exact import of the second of the passages cited above and of its bearing, if any, on the problem. The statutory day for the ceremony of admission to the doctorate at Avignon appears to have been Thursday. For the whole question see, M. Fournier, *Hist. de la Science du Droit en France*, Tom. III, Paris, 1892; M. Fournier, *Les statuts et privilèges des universités françaises*, t. II, 1891; Denifle, *Die Universitäten des Mittelalters*, Berlin, 1885.

¹⁾ This side of his interests crops up constantly. Cf. bks. I and II of the Tree which are mainly historical, and the many references *passim* in the rest.

knights in his youth ¹⁾; he had travelled in the Italy of the captivity period; in his own country he had seen the effect of civil war and of pestilence, and in Languedoc the misery caused by an administration immensely vicious and cruel even for that age ²⁾. The academic world in general could not hope to rest secure from such sharp contact with reality in the 14th century but Bonet's experience was unusually constant and direct. Like Comines he had conversed with many of the great ones of his day; with the members of the house of Anjou and the notables of Provence, with Clement VII and his court, with John of Gaunt ³⁾, with Philip, the founder of the second line of Burgundy, and the other princes of the *fleur de lys*. His acquaintance with the intricate politics of Anjou and of Avignon, of Aragon, of Cyprus and Genoa, was first hand. On Spain in general, on Portugal, on Hungary and the Turkish menace, he was, at least, unusually well informed ⁴⁾.

Certain conclusions may be drawn from the meagre and casual evidence for Bonet's career. In the political and social world his position may have been useful; it was clearly subordinate. His

¹⁾ Cf. Tree, pt. IV, cap. 56. "Mais pource souvent j'ay ouy disputer entre les nobles gens du cas qui s'ensieut nous en verrons la verité", and Pt. IV, cap. 103, "Il me plaist encore parler plus avant du fait de treve pource que en ma jeunesse j'ay oui disputer entre les chevaliers de ceste matiere".

²⁾ For this cf. Chronique du Religieux de St. Denis, Ed. 1839, Paris t. I, Bk. IX, p. 573-4, and bk. X, p. 616, where, speaking of the visit of the Aquitanian envoys to Charles VI to expose their griefs, the writer says. "Ad pedes regis iterum provoluti, et unanimiter orantes cum lacrimis ut ab illius vexacione eos eripere dignaretur, addunt nichil compatriotis preter ipsum spei reliquum; qua si destituerentur, oportebat ut deserta patria, quocunque illos sua sors ferret, evaderent, sequendo quadriginta milia que ad Arragoniam jam se transtulerant; nam nullam fortunam non iugo ducis preferendam estimabant".

³⁾ *Som. super mat. Schism.* op. cit. Valois, p. 210, and for Philip of Burgundy, p. 203.

⁴⁾ For refs. to Cyprus and Genoa see the detailed account in the *Somnium*. The Prior arrives at the sixth hall of the palace. "In qua reperi regem Chipri. Ipsum quoque vidi, ut apparebat prima facie, contristatum ac nimio, ut videbatur, anxiatum dolore. Et quia quondam regem Petrum Chipri alias videram, tempore Urbani justi pape. in Roma, et in magno statu et venerabili incedentem", etc. The King exposes at length his griefs and difficulties, touching on the Genoese troubles, and the pressing danger from the Turks.

contributions to the great controversy of the Schism gave him no place comparable with that of such men as Gerson, d'Ailly, Nicolas de Clamenges and the rest; he was not eminent as were Philippe de Mezières and Oresme, or even as Raoul de Presles had been. His humble petition for a better benefice than that of Salon appears to have remained unsatisfied. The pension, presumably granted by Charles VI in return for the dedication of the Tree of Battles, was paid irregularly, and with long delays; Bonet's forcible description in the *Somnium super materia schismatis* of the treatment he received at the court of Hungary is plainly drawn from life and from his own life; it may safely be transferred to a French setting ¹). There is, indeed, a striking incongruity between the proved importance attached to the Prior's services, the extensive use made of them by the great personages of his time, his obvious skill, and on the other hand, the smallness of his recompense, and the silence of contemporaries as to the later years of his life. Some explanation is to be found in his candour as a critic, whether of administration or of policies ²);

¹) *Somn. super mat. Schism.*

The Prior arrives at the Hungarian court at the moment of the King's departure on an expedition against the Turks and is compelled to await his return. "Et ab alio latere desolabar quia inter illos Ungaros nullum penitus cognoscebam: et Deus scit, et ille penitus non ignorat qui magnos dominos frequentavit, qualis tristitia est esse in domo regia sine noticia. O qualis perditia temporis, ubi sine amicis in domo principum, semper bonum aliquod spectando, inveterascit homo. Unde dicunt in terra mea agrorum cultores: "Qui in domo magni domini senescit, in stabulo equorum decedit"... In tota aula nullum panis vel vini videre poteram venditorem. Et, si forsan aliquis venditor appareret, majori eram dolore percussus, quia nec habebam denarium neque bursam: qui pro habenda annua pensione quam Rex dudum michi sua gratia dederat meum servitorem transmiseram ad dominos generales: et certe. sicut dicunt quandoque nobiles, non est prestum epulum lepus in campo, quia non semper illum capiunt venatores. Et illi domini habent tot respondere personis quod longeve oportet hominem beneficium expectare. Et quandoque fit ut plusquam recepta ascendat expensa; unde interea multa pignora pignorantur que forsan nullo etiam tempore redimentur; experto crede magistro".

²) The criticisms expressed in the *Apparition* and especially in the prose portions thereof are outspoken and shrewd. After a strong attack on mercantile methods that are a thin cloak for usury he speaks of the excessive number of excommunications "Et plusieurs y sont en tel estat par l'espace de

more, perhaps, in the moderation of his views and his expressed desire to achieve reform and peace, rather than the victory of a party. We venture to suggest, however, that the main reason is to be sought in the obscurities of Burgundian policy. In the great Burgundy and Orleans rivalry Bonet was on the wrong side, or, at least, was not strong on the right side ¹). We may look upon him as one of the many, small and great, who suffered because the King of France was insane. He may have shunned, as he says, "*paresse, negligence, et oyseuse vie*" but his consolation must have been largely of the kind he described himself when speaking of clerks, "*car combien que leur estude soit de grant labour aussi est il plein de debit et de joye espirituelle et de fruit gracieulx*" ²).

Before proceeding to examination of the more important sources of the Tree of Battles we may usefully consider the author's own statement of his aims ³). He gives four reasons which have moved him to write. The first two are obvious enough; there is schism in the Church which will perish unless God and the King

10 ou 20 ans. Certes je desireroye sur ce estre mis un tel remede que pas ne l'ose escripre, mais se l'on m'en demande j'en diray mon adviz, car les droiz ne dirent point tant legierement ne pour aussi petites choses donner excommeniement". There follows a condemnation of the way in which the "peages" were administered. In case of dispute, he says. "Que celui a qui seroit le peage, se non qu'il fust roy, duc, ou prince, ne fust point juge en sa cause" and, "Est ilz des pontonniers et gardes des passages des rivières, especialement sur la Sone et sur la Roone. Dieu scet les merveilleux cas que j'en ay veuz et ony dire".

¹) See Pichon, op. cit. Of two surviving copies of the *Apparition* one was presented to Valentine Visconti and is described as "le livre du Prieur de Salon fait pour excuser feue Mad. d'Orleans et autres des charges a eux imposées sur le fait de la maladie du roi". This manuscript ends "Le prieur en la fin du livre parle a Madame d'Orleans". There follow verses addressed to Valentine of which the last two read,

"Tres haulte dame, entendes ma chançon,
Après yver revendrons en este".

The other was offered to the famous Jean de Montaignu, who was disgraced and beheaded in 1409, mainly because he was unable to conciliate John of Burgundy. Bonet's choice of patrons may explain much in his career.

²) From the introductory portion of the *Apparition*.

³) Prologue, pp. 1, 2.

of France find a remedy; the whole of Christendom is weighed down by hatred and dissention. The third reason is to be found in the condition of his own land of Provence. The fourth is that an ancient prophecy has foretold that to an age, in such travail, healing should come from the house of France. It is, therefore, his desire to instruct the King's youth, and all secular people. We have here the keynote to Bonet's work and the explanation of his method. He is writing for the layman. To this guiding idea he returns constantly, "but because kings and nobles and great lords have little need to trouble about this matter I will pass it by briefly," and again, "because laymen are unacquainted with the privileges given by law to pilgrims I will say something of their journeys". It is this intention, and his own limitations and bent of mind, which cause that anxiety to avoid the subtleties of the law which he constantly displays, and which can be summed in a single striking phrase, "*car trop est forte la disputation qui des droits veult serchier les anglets*" ¹). This attitude to his task has two important results. It accounts, in the first place, for the enormous vogue of the work among laymen in general and among writers whom we may term non-academic. It is to be found in the gentleman's library, royal or noble, in France, Burgundy ²), England ³), Spain ⁴). A Scottish noble in the 15th century causes a version

¹) Cap. 122, pt. IV. "*Nos maistres font ung debat trop perilleux et trop soubtil a mon advis, car trop est forte*" etc.

²) For the Tree at the Court of Burgundy see Doutrepont, *La Litterature française à la Cour des Ducs de Bourgogne*, Paris, 1909.

³) The Boke of Noblesse: addressed to King Edward the Fourth on his invasion of France in 1475, with Introduction by J. G. Nicholls, Roxburghe Club. 1860.

p. 6. But first ther wolde be meoved a question, whiche dame Christin makithe mencion of in the second chapitre of the Tree of Batailles whethir that werres and batailles meintenyn and using ben lafulle according to justice or no... for dame Christen seithe and moeveth in the firste booke of the Arbre of Bataille...

The confusion of the unknown author seems to have been shared by the editor. cf. p. VI, note a, and add. notes, p. LIX.

⁴) *Tirant lo Blanc*, Juan Martorel, Hisp. Soc. of Amer. New York, 1904, reprod. of edition of 1490, and *Libre del valeros e strenu cavaller Tirant lo Blanch*, Barcelona, 1880(?)

Martorel's work was written in 1460. In cap. XXVIII, "qui en aquell cas

to be made in his mother tongue ¹⁾. Large extracts or paraphrases pass into the writings of Christine de Pisan, of the author of the *Boke of Noblesse* in England, of the herald Sicille ²⁾. On the other hand it is ignored by the professional writer on law. The legists of the 15th century continue to quote Bartolus, Hostiensis, Durandus, John of Legnano and the rest ³⁾; the book does not fall within the purview of the learned world.

In her *Feats of Arms and Chivalry* ⁴⁾, Christine de Pisan describes how, when weary with the weight of toil involved in writing the first two parts of that work, she hesitates at the entry to the third, she has a vision of a stately man, like to a wise and right authorised judge, who says to her, "It is good that thou take and gather of the Tree of Battles that is in my garden". He recommends her to cut asunder some of the branches of that tree and use the timber as foundations for her edifice. Thus he, her master, will have some share in the work of his disciple. She fears to incur rebuke by such borrowing but the author of the tree reminds her that his pupils do commonly share the flowers from his garden and, as incentive, gives the example of John of Meun who, in such manner, had used the labours of others ⁵⁾. Christine's work was quite possibly written

se delitaua legir un libre qui es nomenat Arbre de batalles". Cap. XXXII, "Com l'ermita legi un capitol a Tirant del libre nomenat Arbre des Batailles". Cap XXXIII, "Com l'ermita legi a Tirant lo segon capitol". The chapters have, however, little connection with the Tree.

For other Spanish versions cf. note, p. 211, Ann. Bull. Soc. Hist. France, 1890.

¹⁾ The version referred to in note 2, p. 173, supra.

²⁾ Le Blason des Couleurs, par Sicille, Heraut d'Alfonse V, Roi d'Aragon, ed. Cocheris, Paris, 1860.

³⁾ For instances, Zilletus, Tractatus univ. juris, Venice, 1634 (25 vol.) e. g. vol. 12.

⁴⁾ Book of Fayttes of Armes etc. ed. 1489 (per Caxton); MSS. 9009 – 9011. Bibl. Roy. Bruxelles. The latter contains the Tree and Christine's work in the same volume. The artist has chosen the appearance of Bonet to the poetess as the subject of an admirable illustration (facing fol. 182). Vegetius and Frontinus had, of course, been freely used for the earlier portions of the *Fayttes of Armes* and the writer is justifying her own borrowings.

⁵⁾ "The more that a werke is wytnessed and approved of more folke the more it is auctorised and more auctentyque and therefore yf eny do murmure after the gyse of evilspekers sayieng that thou beggest in other places I

in Bonet's lifetime, the relation of master and disciple here indicated may have existed; but the Prior is not made to reveal how largely he himself had gathered from one garden and one tree, that the foundations and the major part of the structure of the Tree of Battles were to be found in a single work, the *de Bello*, of John of Legnano. There is no slightest clue to this fact in Bonet's work. He refers indeed to the Italian but only as he refers to others ¹⁾, and his own statement of his authorities is thus expressed, "What I say in my book is founded on the holy Scripture, and on the Decretals, and on the Laws, and on natural philosophy, which is no other than reason of nature" ²⁾.

John of Legnano ³⁾ was born at Milan at least a generation earlier than Honoré Bonet. With the usual studies of his time he combined some interest in medicine, and more than was common, even in the 14th century, in astrology. After a course in the law-schools of Bologna he became in 1351 Doctor of the Two Laws of that university, and following a period as Lecturer was appointed to the chair of Civil Law in 1360. It was in that same year, whilst a strong army lay before the city, that he wrote, or more probably completed, the work with which we are concerned, the *de Bello, de Represaliis, et de Duello*. He took a large part in the troubled politics of his adopted city in the concluding years of the Babylonish Captivity, and was sent in 1376 on a mission to Gregory XI at Avignon. There is at least the possibility that he met Bonet on that occasion, but the almost complete lack of evidence for the latter's movements before 1382 prevents any more definite statement. After the outbreak of the Schism, John published the famous *de Fletu Ecclesiæ* in favour

answere them that it is a comon use emonge my dyscyples to gyve and departe one to other of the floures that they take dyverself out of my gardyns. . . . It is thenne no rebuke but it is lawde and praysinge when wel and properly they be applycked and sette by ordre".

¹⁾ E. g. cap. 76 "je suis avecques Jehan de Lignan". Cap. 78, "Encore sur ceste matiere de defense nostre maistre Jehan de Lignan dessusnomme fait ung debat". Cap. 115, "Aussi dist-ung aultre docteur". (J. de L.)

²⁾ Prologue, p. 2.

³⁾ I am indebted for the facts here to Prof. Holland's Introduction to his valuable edition of John of Legnano's *De Bello, de Represaliis, et de Duello*, Oxford, 1917.

of Urban VI. and died in 1383 in high favour with the Roman Pope, his fellow citizens, and the learned world. His epitaph described him as a second Aristotle, a Hippocrates, as knowing the stars, and as *portus et aura mundi*. The scheme of treatment employed in the *de Bello* is, very briefly, this. After a long historical and astrological introduction the author proceeds to define, divide, and classify his subject. In two brief principal parts he covers the definition of war and its divisions. His third principal part includes 6 treatises on: — 1. Celestial spiritual war. 2. Human spiritual war. 3. Universal corporeal war, with 6 subordinate treatises. 4. Particular war for self defence, in 8 parts. 5. Particular war in defence of the mystical body, that is, Reprisals. 6. The special kind of particular war called the duel. His method is logical, orderly, and what may be termed professional.

As a preliminary to defining the measure of Bonet's debt to his chief source we may delimit the portions of the Tree which are relevant to the comparison, for as is well known that treatise includes much more than the law of arms ¹⁾. Dismissing the ten chapters of the first book dealing with the tribulations of the Church in times past, the 17 of the second on the history of the Four Kingdoms, and the 32 of the last book, treating of ransom, the relations of the kings of France and England to the Emperor, questions of parole and escape from imprisonment in time of war, heraldry, and so on, we are left with 112 chapters on subjects which are covered in the *de Bello*. Of these at least 94 or about 84 per cent are based on this one source ²⁾.

¹⁾ All references to the Tree are to the edition of Nys. 1883; and those to the *De Bello*, to Holland's edition of 1917.

²⁾ Proof is not lacking that the *De Bello* of John of Legnano was well known in court circles in France in the later years of Charles V. It will be found that many of the passages of the *Somnium Viridarii* of 1376 are extracted from it *verbatim*, while others follow it closely.

The following instances may be noted. For cap. CLIX of the *Somnium*, (Goldast's edition), caps. 4 and 5 of the *De Bello* have been used. Cap. CVII follows John's 168 and in CVIII the Knight's reply is taken from the section of cap. 175 headed. "Qualiter duellum purgatorium jure civili etc." with a cast back to the earlier section on the duel, "propter gloriam consequendam".

The question asked by the Miles in CXIV is the first 4 lines of John's

The following table ¹⁾ shows the relation between the chapters of the two works: —

| Tree of Battles. | | | De Bello. | Tree of Battles. | | | De Bello. |
|------------------|------|----|-------------|------------------|------|----|-----------|
| Part I. | Cap. | 1. | 1. | Part IV | Cap. | 17 | 33 |
| " | " | 2 | 3, 4. | " | " | 18 | 98 |
| " | III | 2 | 5, 6. | " | " | 19 | 99 |
| " | " | 3 | 22, 23. | " | " | 20 | 100 |
| " | " | 5 | 27 | " | " | 21 | 35 & 102 |
| " | " | 6 | 27 | " | " | 22 | 103 |
| " | " | 7 | 28 | " | " | 23 | 104 |
| " | " | 8 | 29 | " | " | 24 | 105 |
| " | IV | 1 | 10, 11. | " | " | 26 | 43 |
| " | " | 2 | 12 | " | " | 27 | 44 |
| " | " | 3 | 13 | " | " | 28 | 45 |
| " | " | 4 | 14 | " | " | 29 | 46 |
| " | " | 5 | 15 | " | " | 30 | 47 |
| " | " | 6 | 16 | " | " | 31 | 48 |
| " | " | 7 | 17 | " | " | 32 | 49 |
| " | " | 8 | 18 | " | " | 33 | 50 |
| " | " | 9 | 19 | " | " | 34 | 51 |
| " | " | 10 | 20 | " | " | 35 | 52 |
| " | " | 11 | 21 | " | " | 36 | 52 and 53 |
| " | " | 12 | 22 | " | " | 37 | 54 |
| " | " | 13 | 30 | " | " | 38 | 55 |
| " | " | 14 | 59, 60, 61. | " | " | 39 | 56 |
| " | " | 15 | 31 | " | " | 40 | 57 |
| " | " | 16 | 32 | " | " | 41 | 57 |

cap. 62 and the reply of the Clericus in CXV is based on the rest of the same chapter. The astrological parts of the *De Bello* have also been used freely.

Müller's pioneer analysis (*Zeitschrift für Kirchenrecht*, 1879) of the sources of the *Somnium* overlooks this connection, as also that of the heraldic passages with Bartolus of Sasso-Ferrato.

¹⁾ More information as to Bonet's method is conveyed by the table if it be noted that John of Legnano's treatment of General War ends at his cap. 77; that of Particular War for self-defence at cap. 121: of Reprisals at cap. 167; and of the Duel at cap. 194.

| Tree of Battles. | De Bello. | Tree of Battles. | De Bello. |
|------------------|-------------|------------------|----------------|
| Part IV Cap. 42 | 58 | Part IV Cap. 76 | 89, 90. |
| " " " 43 | 59 | " " " 77 | 88 |
| " " " 44 | 59 | " " " 78 | 86 |
| " " " 45 | 59, 60, 61. | " " " 79 | 122, 123. |
| " " " 46 | 59 | " " " 80 | 124 |
| " " " 48 | 71 | " " " 81 | 123, 124. |
| " " " 49 | 62 | " " " 82 | 124 |
| " " " 50 | 63 | " " " 85 | 125 |
| " " " 51 | 64 | " " " 90 | 138 |
| " " " 52 | 65 | " " " 98 | 137 |
| " " " 62 | 68 | " " " 99 | 140 |
| " " " 64 | 96 | " " " 111 | 175 |
| " " " 65 | 97 | " " " 112 | 176 |
| " " " 66 | 34 | " " " 113 | 175 & 178 |
| " " " 67 | 34 | " " " 114 | 179 |
| " " " 68 | 35 | " " " 115 | 181, 182. |
| " " " 69 | 37, 38. | " " " 116 | 184 |
| " " " 70 | 41 | " " " 117 | 186 |
| " " " 71 | 118 | " " " 118 | 188 |
| " " " 72 | 120 | " " " 119 | 187 |
| " " " 73 | 87 bis | " " " 120 | 189 |
| | 89, 93. | " " " 121 | 190 |
| " " " 74 | 92 | " " " 122 | 191 |
| " " " 75 | 96 | " " " 123 | 192, 193, 194. |

We have here enumerated the instances in which substantial use has been made of John of Legnano's work; those in which the connection is not certain, though likely, and those in which the topic only has been suggested and the treatment differs have been omitted.

The full extent and the exact method of the borrowings could, of course, be demonstrated only by detailed analysis of the chapters of the Tree in question and comparison of them, argument by argument, with the relevant chapters of the *de Bello*. Some indications of Bonet's method of work, based on such a survey, may however, serve to expand to that extent the information offered by the table.

As to the general plan of treatment, it may be said that, very roughly, Bonet adopts it. Thus he deals, in that order, with general war, its origin and justification; with particular war for self defence, in the form of reprisals, and in that of the duel. On the other hand, though he makes some pretence at the outset to a systematic and orderly treatment and intends apparently to follow at least the broad divisions of the subject laid down by John there are numerous serious departures from this announced plan ¹⁾. Thus, for example, after saying that the third part of his book shall be of battles in general, and the fourth of battles in particular, he is capable of beginning his third book with a chapter on the legitimacy of single combat, to which he will return more than a hundred chapters later. Similarly, although at the introduction to his chapters on reprisals he states clearly that he has now finished with general war and with war for self defence, the influence of the war, "now being waged between France and England," proves too strong for him and he proceeds to discuss some of the questions suggested in the *de Bello* under reprisals with a postulate of general war. The resulting confusion is characteristic of Bonet's method in the wider sense as distinct from that required for handling a concrete and limited proposition. The same defect is forcibly illustrated by his entire neglect of preliminary consideration of the various kinds of duel before his sudden turn to an enquiry into one kind only of duel, that of purgation.

Another important departure from continuity takes the form of long excursions on matters of contemporary moment, such as

¹⁾ One is tempted at first sight to suppose that the arbitrary and unexpected order of the chapters of the Tree is due to the vagaries of copyists. It is however confirmed by the manuscripts and printed versions that we have examined. The differences among these are of another kind e. g. 1. The number of chapters assigned to the 4 parts varies. 2. Separate chapters of one version are run together to form a single chapter of another. 3. Single chapters are cut up into several; the discussion of the various colours in heraldry, for example, is in some MSS. divided into chapters. The B. M. add. MS. 22,768, and the Duc de Berry. MS. 20. CVIII, and the printed editions of 1493, 1505, 1515, etc., will serve as illustrations of this.

Also Bonet himself seems to adopt his order of topics of set purpose. See the opening words of cap. 2, pt. I; of cap. 1, pt. III.

that great question of his day, the rights and wrongs of the adoption of Louis of Anjou by Joan of Naples, while examination of the power to inflict reprisals leads him inevitably to add to the great body of 14th century literature which aimed at exalting the *fleur de lys*, by chapters on the respective authorities of the King of France and the Emperor ¹⁾. Bonet's omissions, too, are significant. They cover, for instance, all the more philosophical side of the discussion of fortitude and the virtues, much astrology, and notably the more technical portions of John's very complete study of the doctrine and practice of reprisals.

Turning to consider the use made of the *de Bello* in the individual chapters of the Tree we find that the degree of indebtedness varies within a somewhat wide range. There is often reproduction of a series of arguments as they stand ²⁾, sometimes with literal

¹⁾ Cap. 109. Pt. IV. Si demande se champ de bataille se peut faire devant une royne.

Cap. 110. Pt. IV. Si la Royne Jehanne de Naples a pu affilier le roy Loys.

Cap. 83. Pt. IV. Comment pouvons nous soustenir que le roy de France soit subjet a l'empereur.

Cf. what he says in the *Apparition* when speaking of the rebellion of Raymond Rogier, "j'ay esperance que bien briefment il congnoistra quel courroucier fait le sang des fleur de lis, car il ne fait pas bon courroucier. Et pour ce disoit un bien sages homs de Languedoc quant l'en parlait de toutes choses, estant en conseil ou compagnie ou autrement. Sy parles de ce que vous vouldres quoique soit, ne touchiez les fleurs de lis; car les fleurs de lis de leur nature sont nettes et pures et sans tache, et a toutes gens n'est pas seant de parler d'elles". Bonet is much more moderate than other writers of his age on this topic.

²⁾ *De Bello*, cap. 15 (references to civil law etc., are omitted).

"An bellum motum per Imperatorem contra Ecclesiam sit justum, et an teneantur subditi ei in hoc obtemperare?

Secundo quaeritur numquid bellum quod movet Imperator contra Ecclesiam sit justum et teneantur subditi ei in hoc obtemperare. Videtur quod sic, quia sit principis auctoritate vel mandato, ergo, etc. Etiam, quia duo sunt jurisdictiones. Etiam quia in pertinentibus ad armorum usum subditi tenentur obedire Imperatori, etiam schismatico.

Solutio, contrarium est verum, nam Imperator est advocatus Ecclesiae et tenetur eam defendere, idcirco non potest eam impugnare.

Immo indicendo bellum contra Ecclesiam meretur perdere privilegium indicendi bellum, cum illo abutatur. Immo talis pertinacia in Principe non distat ab haeresi. Etiam quia Papa superior est, nam examinat Imperatorem ipsum, reprobatur et deponit. In hoc igitur casu non tenentur subditi juvare Impera-

translation, and there are many proofs of close following which give the impression that Bonet's apparatus need have consisted only of the Canon Law and a copy of John of Legnano's work. To choose a few instances from many, we may note that John in enumerating the various kinds of fortitude follows Aristotle's classification but makes two classes out of Aristotle's first one; Bonet does the same ¹⁾. In the confused chapter on cohorts,

torem contra Ecclesiam immo econtra. Et potest Papa absolvere eos a vinculo fidelitatis".

Tree, Cap. 5, Pt. IV. "Se l'empereur peut ordonner guerre contre l'Eglise. En ceste partie je fais une telle demande, c'est a savoir se l'empereur peut faire guerre contre l'Eglise et en cas qu'il l'ordonne se ses hommes et ses sujets et les seigneurs de son pays lui doivent aider et obeir a faire icelle guerre par celui mandement. Et quant a ce, il m'est advis tout premierement que ses sujets lui doivent obeir, car l'empereur est le plus hault prince et l'escripture dist que celui doit mourir qui au prince ne veut obeir. Encore il y a une aultre raison car le jugement et la cognoissance de faire guerre appartient a l'empereur et aux aultres princes. Dont pourquoi les soumis seroient desobediens. L'autre raison pourquoy ils doivent obeir est telle car ainsi que le pape doit avoir obeissance es choses espirituelles ainsi le doit avoir l'empereur es choses temporelles. Mais il y a encore plus forte raison car selon les droits les sujets de l'empereur doivent obeir a l'empereur combien qu'il soit scismatique et ceci ne peut mie nier quiconque soit clerc en droit. Mais je vous dy que vraiment cestes raisons ou argumens sont moult foibles, car l'empereur doit estre procureur et defenseur de l'eglise et de dire que mon procureur soit contre moi et que celui qui est ordonne pour me defendre me doit offendre, ce ne se pourroit bien soustenir. Et encore plus, l'empereur si est sujet au pape et le pape est souverain. Et a dire que l'empereur qui est sujet ait pouvoir de juger en la cause de son maieur, je ne voy pas comment il se puist faire. Si est assez clere chose. Que le pape soit souverain de l'empereur il est tout notoire, car il enquier se la election de l'empereur est bonne et se sa personne est digne d'estre empereur, et aussi se icelle election est deue. Et qui plus est, se l'empereur fait chose mal a point le pape lui oste la dignite imperiale. Et pour ce ne fault doubter que se l'empereur telle guerre ordonnoit les princes ne les peuples de l'empire ne seroient pas tenus de lui faire obeissance ne de faire celle guerre car selon la verite des droits les sujets ne doivent pas obeir a leur souverain quant il leur commande chose qui soit contre la volonte et le commandement de Dieu. Mais persecuter la sainte eglise est offendre la volente de nostre seigneur et ses commandements car c'est presque heresie. Pour quoi les sujets ne sont mie tenus de obeir en telle guerre".

¹⁾ Tree, pt. IV, cap. 6; *De Bello*, 27. Latin version of Aristotle. Ed. Lyons. 1549, apud. J. Frellonium. Tom. 2. col. 637.

legions etc., Bonet makes the same abrupt transition to discipline and arms as the foundations of war as does his source¹⁾; just as he follows its somewhat unexpected order of treatment when it turns from the topic of the punishment of knights to consider whether strength is a moral and cardinal virtue²⁾.

In the Tree we find always the attempt at simplification and this mainly by choice of the plainer and more concrete aspect from among those offered. There is marked preference for Canon rather than Civil evidence for proof or refutation, and there is, naturally, stress on the authority of Scripture texts. In general the ultra-legal argument with wide appeal to a host of masters is passed over with a reference to "subtleties", the "many and diverse opinions of the masters of the law", and the like.

The excursions noted above may be paralleled here. They stand out in more marked fashion as occurring in chapters wherein the main line of John's development has been followed but where our author wanders into the Schism question, or into remarks on the manners of his time, which, like contemporaries of all times, he found degenerate³⁾.

Apart from Bonet's evident inability to persist in a logical order it must be said also that he does not always use his text with complete understanding. In his ninth question of the fourth book he asks "What things pertain to the general in war"? and proceeds to borrow his material from John who has depended on the *de re militari* of the Civil Law. Among the duties included

¹⁾ Tree, IV, 7. *De Bello*, 17.

²⁾ Tree, IV, 10, 11; *De Bello*, 20, 21.

³⁾ For examples of digression, cf. Pt. IV, 2, on Naples; 3, on French Royalty; 16, on Count of Foix; 47, and 50, on the manners of the age; 54, on Lombardy.

For concrete treatment cf. caps. 27, 30, 32, 35, 36, 38, 42, 51, of pt. IV, with 44, 47, 49, 52 and 53, 55, 58, 64, respectively, of the *De Bello*. The avoidance of difficulties is illustrated by:

Tree, IV, 24. "Combien que cestes opinions soient diverses entre les docteurs . . . combien que les docteurs en ung aultre cas en font grandes festes et diverses et par especial les seigneurs des lois sur toute ceste matiere." The corresponding chapter of the *De Bello* has a host of references and special mention of Jacobus de Ravennate, Dinus, and Petrus de Bella-pertica.

Cf. also IV, caps. 37, 65, 114, with 54, 97, 179, of *De Bello*.

is that of keeping the soldiers within the camps, and the Prior, influenced by the prevailing difficulty in his own day, of which he himself complains, which was to persuade the knights to leave their castles for the open country, translates that the general must take care lest the knights remain in the castles. Also the general has to see that troops washing the sweat from the horses in a river should not offend the public eye by doing this in an exposed place; Bonet pleasantly remarks that he must take care that no one washes where horses are to drink lest the horses lose their sight ¹). To the 14th century writer the *Turbator*

¹) Cap. 122, Pt. IV, illustrates the difficulty in Bonet's day. "... nous disons que la chevalerie du jourd'hui n'est mie de la prouesse qu'elle fut du temps passe, car selon les anciennes lois les chevaliers mengeoient feves et lart de porc et viandes grosses. Ils gesoient dur et portoient le harnois le plus du temps. Aussi ils demouroient au dehors des citez et goustoient l'air de la champaigne en eulx retraiant en bastilles et forteresses et voulontiers tenoient les champs."

For Bonet's misuse of his source cf. the following passages which serve also to illustrate his close dependence on it. *De Bello*, 19. "Quae pertineant ad officium ducis in bello? Ad ducem autem belli pertinet militibus parcissime com meatum dare, equos militares extra provinciam duci non permittere, milites in castris retinere, ad armorum exercitationem producere, ad opus privatum, piscatum, venatum, non mittere, claves portarum suscipere, vigiliis circumire, frumentationibus commilitonum interesse, frumentum probare, mensurae fraudem coercere, delicta castigare, querelas commilitonum audire, valetudinarios inspicere ... Ad ejus etiam officium pertinet in virentes fluminis ripas legionem ponere, et ut nullus omnino aquam fluminis polluat, neve abluenda equorum sudorem publicos oculos maculet, sed procul in inferioribus partibus fluminis id facere permittat."

Tree, IV, 9. "Quelles choses appartiennent au duc de la bataille. . Et je vous dy comment a lui appartient de donner licence aux hommes d'aller ou ils ont a besognier car sans sa licence ils ne doivent aller en lieu du monde. Toutefois si leur doit il donner mandement de chevauchier dont ca dont la selon ce qui lui est advis pour l'honneur de son seigneur. Si se doit garder comment du pays de son seigneur ne partent chevaux ne gens d'armes pour aller en aultre contree. Encore se doit il garder comment les chevaliers ne demeurent es chateaulx ne es forteresses. Aussi il ne se doit point mesler de envoyer ses gens d'armes pour pescher le poissons ne pour chasser la venoison. Aussi il lui appartient de avoir les clefs des villes ou il est logie et si doit faire bon guet tant de nuit comme de jour. Encore il lui appartient de avoir regard sur les mesures du pain et du vin et de tous grains et que toutes aultres choses soient justes et si doit punir tous ceulx qui tiennent et usent de faulses mesures. Apres appartient a son office de veoir les debats et les questions

pacis is one who prevents his lord from making peace, and, accustomed to armies levied for a single campaign, he is unable to deal intelligently with the matter of desertion from a standing army ¹). With these qualifications it may be said that we meet in the Tree such casualness of method, such haphazard weaving in of the author's own threads, as obscure his real and substantial debt and explain fully why to his contemporaries, his more immediate successors, and even to modern students of his work, the apparatus of learning displayed in these chapters has seemed his own.

For we are led inevitably to the conclusion that ignorance of

de ceulx qui sont en son ost et faire justice de l'ung a l'autre. Aussi lui appartient de visiter les malades de l'ost et de les faire guarir, selon que dist la loi civile.

Si lui appartient d'ordonner sa gent au passer des rivières et des eaus. Encore doit il prendre garde que personne ne se lave la ou les chevaulx si doivent boire pource que les chevaulx ne perdent la veüe."

¹) *De Bello*. cap. 20.

"Item miles turbator pacis capite punitur."

Tree, pt. IV, cap. 10. "Encore dist la loi que ung chevalier lequel empesche comment paix ne soit faite il doit perdre le chief"

and

De Bello, cap. 20. "Desertor tempore belli capite punitur, tempore pacis equitis gradu repellitur, pedes militiam mutat. Non omnes tamen desertores puniendi sunt æqualiter, sed haberi debet ratio gradus, ordinis, stipendiorum, et aliarum circumstantiarum. Qui excessit spatium commeatus ut emansor vel desertor reputatur. Habetur tamen ratio dierum quibus tardius vel citius rediit, vel si impedimento aliquo detentus. Habetur etiam ratio ante actae vitae".....

Tree, IV, 10.

"Et se ung chevalier laisse son seigneur en temps de paix, puis qu'il prenoit gages, il doit estre jugie que d'ores en avant il ne aille a cheval mais qu'il soit a pied comme ung sergent..... Toutefois ung saige homme doit bien penser la vie et la condition de celui qui se part de ung seigneur et se en temps passé il a este bon chevalier et leal, il doit avoir pardon plus legierement. Tout ainsi doit il regarder combien de jours il a este de retourner vers son seigneur et se il par adventure pour bonne et juste cause n'a peu retourner, il lui doit pardonner....."

Bonet of course constantly mediaevalises his material. Thus in cap. 8. he makes the Emperor the Seigneur, and the Treasury is also the Seigneur. The standard example of the process is to be found in the translation of Vegetius known as *l'Art de Chevalerie* made by Jean de Meung. (see the ed. by U. Robert, 1897, Soc. des Anc. Textes Français).

this persistent and almost exclusive use of one source in the 'Tree of Battles affects very seriously the worth of much that has been written on the work itself, on the apparatus, knowledge and contribution of its author. It will not, as we shall see, remove all credit from him or all value from his qualifications for his task; it will however compel us to place the emphasis in our estimate of him on other and surer grounds. Thus to take two modern instances, (there are earlier ones), some of what has been said by the editor of the Scottish 15th century version of the Tree becomes beside the mark, and the same is true of Mr. Nys's estimate of the legal apparatus in Bonet's possession ¹⁾. The latter refers to Gregory on the Moralities; the reference is used in the same context by John of Legnano ²⁾. Mention of Malumbra gives the impression that Bonet has really consulted the Italian legist; but he has borrowed both the reference and the view it supports ³⁾. Seneca and Cicero are named together in another passage, again exactly as they occur in the *de Bello* ⁴⁾.

¹⁾ J. H. Stevenson in Introduction to Buke of the Law of Armys, 1901, cf. p. CXI; Nys, Introduction to his ed. of l'Arbre des Batailles, 1883, pp. XIV to XXVIII.

²⁾ Tree, cap. 2. pt. I; *De Bello*, cap. 2 and cf. John's "Ubi sciendum est quod ut inquit Gregorius in Moralibus, ab initio creationis angelicae naturae Altissimus omnium creator creavit Luciferum ceteris angelicis intelligentiis eminentiorem" with Bonet's, "Si vous declaire que ce fut au ciel, quant nostre seigneur Dieu crea les angeles. Il en fit ung tant bel, tant noble et tant glorieux que de beaute il surmontait toutes les creatures celestiales..... que plus a plain le raconte monseigneur saint Gregoire pape au livre des moralitez '. There is no sign that John himself went to the Moralities for his information; he appears to have confined himself to *De Poenitentia*, quaest. III, dist. III, cap. 45. Cf. Greg. in bk. 32 of the *Moralia* and especially cap. 47. (Migne's edition).

³⁾ *De Bello*, cap. 29. "Audio quod dominus Ricardus Malumbra terminavit quod delinquens propter magnam peritiam poenam evadit per dictam L *ad bestias*".

Tree, III, 8. "Ung docteur qui s'apeloit monseigneur Malumbre disoit que vraiment le baceler en devroit porter grande paine, mais toutefois pource que l'aventure en est bien venue il ne doit pas estre si fierement pugny". John proceeds to reject the argument of Malumbra and Bonet follows in that too.

⁴⁾ Tree IV. 12. "Et ainsi le trouvons nous communement en l'auctorite des docteurs sicomme est Seneque lequel est ung especial livre de ces quatre

Even the use of the *Secunda Secundæ* of St. Thomas Aquinas ¹⁾ is borrowed at one point and the same applies to references to Vegetius ²⁾. There is indeed, one case where Bonet cites "Jacques de Ravenne" which points to his acquaintance with the writings of the great master of Orleans ³⁾. In the corresponding passage of the *De Bello* we find the name of Jacobus de Arena but used to support the same view as that for which Bonet quotes Jacques de Ravenne. Given Bonet's general practice we believe that there has been either careless reading on his part or the use of a defective text of the *De Bello*.

Further Mr. Nys with his wide knowledge of mediæval legal texts recognised certain familiar passages, notably one in the third chapter of the fourth part of the Tree, where the right of the Emperor to make war is under discussion. He states that this has been copied from the Commentary of Bartolus of Sasso-

vertus. Et le docteur Tullius le dist expressement en ung livre que nous appelons Rhetorique."

De Bello, cap. 22. "In contrarium apparet auctoritate communiter loquentium qui istam ponunt in numero cardinalium inter quos est Seneca qui fecit tractatum specialem et Tullius in Rhetoricis dividebat virtutem in has quatuor, ut cardinales."

¹⁾ *De Bello*, cap. 19; Tree, 9, pt. IV.

²⁾ *De Bello*, cap. 118; Tree, 71, pt. IV.

³⁾ The question under discussion is "An si vulneratus post vulnera insequatur vulnerantem, et ipsum percutiat, puniri debeat ut dolosus, vel ut culpabilis?" This Bonet expresses as "Se ung homme a este blechie par ung aultre et il le poursuit tant qu'il le bat tres bien, se il en doit estre pugny".

John says, "Quidam dicunt ut culpabilis, quia inconsultus calor vitio calumnie caret..... alii dicunt quod ut dolosus, cum se vindicare non debuerit. Jacobus de Arena dicit primam opinionem humaniorem. Credo primam veriore, etiam de jure, per jura prius allegata".

B's version runs, "Mais ja pourtant n'est il que celui qui l'a blechie ne doye estre pugny et de ce je ne fais quelque doute mais se il sera pugny grièvement ou gracieusement de ce sont plusieurs opinions, lesquelles delaissees je tiens selon bonne equite qu'il ne doit pas estre pugny grièvement, considere la chaleur en laquelle il commist le cas quant il donna le coup et sur lequel il ne avoit pouvoir car les premiers mouvemens ne sont mie en la puissance de l'homme. Et pareillement ung docteur en loix appelle maistre Jacques de Ravenne tient ceste opinion".

It may be added that in this text of the Tree this chapter includes three references to the civil law; they all occur in J.

Ferrato on the 49th chapter of the Digest. But it is John who has borrowed from Bartolus and our author in turn borrows from him. It could conceivably be argued that this was independent recourse by Bonet to the Commentary, but two reasons may be urged against this. In the first place, when we see him following his source, argument by argument, it is difficult to believe that he suddenly parts company at this point, turns to Bartolus, and then resumes his close following of John; and, in the second place, close examination shows that John's version is skilfully selected and condensed from Bartolus and it is this version that Bonet utilises ¹).

¹) *De Bello*, cap. 13.

"Ubi sciendum est quod duo sunt populi, scilicet populus Romanus et extraneus. De populo Romano, primo sunt omnes qui in totum obediunt Imperio Romano, nam populus accipitur pro toto Imperio, ut *lex Romana, ad municipalem*. Quidam non obediunt in totum, sed in aliquibus, ut quia vivunt legibus Imperii et fatentur ipsum dominum orbis, ut sunt civitates Lombardiae, et similes, et isti sunt de populo Romano. Nam cum in aliquibus jurisdictionem exercent, ut *L. si prius, de aqua. plu. arc.*; et ibi notandum. Quidam sunt populi qui nullo modo obediunt Imperatori, nec vivunt Imperii legibus, sed dicunt se hoc facere ex privilegio, ut sunt Venetii, quia asserunt se hoc facere ex privilegio. Et isti etiam sunt de populo Romano qui praecario hoc tenunt ab Imperatore, et ipse revocare potest quandoque voluerit. Praeterea illud privilegium eis concessum debet esse accommodatum ut non priventur civitate Romana. Quidam sunt populi qui non obediunt Imperatori et asserunt hoc sibi competere ex contractu ut sunt provinciae subditae Romanae Ecclesiae, quae asserunt sibi competere ex donatione Constantini et aliorum Imperatorum et isti etiam sunt de populo Romano, nam Ecclesia ibi exercet jurisdictionem quam habebat Imperium, unde non desinunt esse cives Romani. Idem dico de regibus qui non fatentur se subditos Imperatori, ut rex Franciae, Angliae, Hispaniae, et similes, qui asserunt hoc sibi competere ex privilegio vel praescriptione...."

Tree, cap. 3, pt. IV.

"Et sur ce il fault que vous entendez comment l'empereur de Rome a plusieurs peuples. Car il en a qui du tout en tout lui obeissent et font plaine obeissance. Et ceulx sont appelez du peuple de Rome par lequel peuple est entendu tout l'empire selon le contenu de une loy. Il en a d'aucuns qui pas ne obeissent a l'empereur combien que ils vivent selon les lois imperiales. Et combien que ils octroient que l'empereur soit seigneur temporel du monde, ja pourtant entre eulx l'empereur ne fait justice, si comme sont les citez de Lombardie. Et si sont elles du peuple de Romme, car combien que elles aient occupe la jurisdiction imperiale, toutefois l'empereur de droit a la jurisdiction

Finally there is the deceptive impression of vast learning, industry, and research which Bonet gives by his frequent employment of such phrases as: — "the doctors speak of this in many subtle manners," "the masters of the Law make great debate on this," "there is great debate and it is hard to determine," "our masters make a very perilous debate and in my opinion a too subtle one." In all such instances we have only to consult the source to find that in the corresponding section the matter is examined with formidable array of authorities and close consideration of their various positions that is, in truth, too subtle for Bonet.

One of the references to John of Legnano by name calls for brief separate notice. It occurs in the 83rd chapter of the Fourth part, where Bonet asks whether the King of France is subject to the Emperor. His arguments are largely historical and on the line of those used by Raoul de Presles in the *Tractatus de Potestate Pontificali et Imperiali seu Regia* and by the unknown compiler of the *Somnium Viridarii* of 1376; they are probably independent of them except in so far as common purpose has

sur elles. *Nota L. si quis prius ff. de aqua pluvia arcenda.* Aussi il y a autre peuple qui n'a que faire des lois imperiales ne de l'empereur car ils dient que ils ont privilege comment toute jurisdiction soit a eulx appartenant sicomme est la cite de Venise. Et cestui peuple est encore du peuple de Romme mais puisque celui peuple dist que par privilege imperial il tient la jurisdiction l'empereur peut oster celui privilege quant il lui plaira. Aultre peuple y a pareillement lequel souloit estre de l'empire, mais par domination il est maintenant d'autrui sicomme est le peuple qui est en toutes les provinces que jadis l'empereur a donne a l'eglise. Et cestui peuple ne obeist pas a l'empereur mais au pape, ainsi comme nous dirons du royaume de Naples lequel se tient du pape. Il y a aussi roys qui pas ne obeissent a l'empereur sicomme est le roy de France, celui d'Angleterre et celui d'Espagne lesquels ont prescrit la jurisdiction imperiale".

That B. follows J. closely is clear. That J. has adapted from Bartolus (without mentioning him) also appears from comparison of this chapter of J. with Bartolus, ad lib XLIX. Digest. Tit. XV, cols. 982, 3, vol. III, edit. 1588-9. E.g. Bartolus refers to Tuscan towns as well as Lombard; after the papal provinces he refers to papal jurisdiction over the clergy; mentions that those who deny imperial lordship over the whole earth are guilty of heresy.

John omits. "Sed diceres tu, cum modicae gentes sint, quae Romano imperio obediunt, ergo videtur quod sit parvus populus Romanus."

lead to search for the same kind of argument. He includes, however, a statement to the effect that Pope Innocent, "who glossed the Decretals", says that the King of France is not subject to the Emperor but is the Pope's man, and adds, "Et ceste meme opinion recite Jean de Lignan en ung livre qu'il compila de ung songe". The question naturally arises, "To what work of John of Legnano is reference here made?" The *Somnium* in widest circulation at the time was plainly that of 1376 and an eighteenth century scholar, Camus, apparently on the strength of this sentence, was inclined to attribute that composition to John¹). It is incredible, on the other hand, that Bonet should have been ignorant of the anti-papal intent of the work, or of the fact that the Cleric's arguments are put forward therein merely to be refuted by the Knight, who represents the author's views, and is meant to emerge victorious from the conflict.

In the next place it is possible that Bonet has in mind a treatise, written by John in 1372, which takes the then fashionable form of a dream. This work, which is still unpublished, is dealt with in the introduction to the Oxford edition of the *de Bello*, and is there described, apparently on Italian authority, as a dialogue between a Miles and a Clericus on the prerogatives of Pope and Emperor respectively²). Further, what is more

¹) See Marcel, in *Revue de Legislation et de Jurisprudence*, XXI, XXII, 1862-3, and the references there cited. The writer says, after discussion of this sentence of the Tree. "Il est permis de supposer que J. de L.... a introduit dans l'un de ses ouvrages la fiction d'un songe.... et que la se trouve énoncée l'opinion rapportée dans l'Arbre des Batailles."

²) Holland, *op. cit.* Introd. p. XXV, 10, where the manuscript is described as beginning at fol. 226 of MS. Lat. 2639 of the Vatican Library.

It is however the *Tractatus de Bello* that begins at fol. 226 and the *Somnium* opens at fol. 247. Fantuzzi, (*Notizie degli Scrittori Bolognesi*, Bologna, 1783—1790) says plainly that the *de Bello* begins at fol. 226 but gives the date of the *Somnium* thus: "sompniatum MCCCLXXIII, nocte VI Feb., scriptum die X Martii". The first of these dates should read 1372, the second Feb. 15th, the third is correct. Fantuzzi, who is referred to by Holland in a footnote, says clearly enough, "Segue un altro Trattato ma senza titolo, e sembra un trattato di legge civile e canonico." Next, the opening section of the *Somnium Viridarii* is a distortion of the opening of John's *Somnium* and the concluding dedicatory section is similarly related to the corresponding portion of the latter. The body of the work is however quite definitely not a distorted

important, the statement is made that the French *Somnium* of 1376 was a distorted version of it. We hope to deal on another occasion with the contents of the Vatican manuscript of John of Legnano's *Somnium*; it will suffice to say here, (a) that it does not take the shape of a dialogue between a Clericus and a Miles, (b) that the French *Somnium* is a distorted version of it in only a very limited sense, (c) that it may be described roughly as a comparison of the respective merits of Canon and Civil Law. It does make the widest claims for Papal power and, potentially, though not specifically, would justify the sentence of Bonet quoted above. We are inclined to think that he is referring, though not at first hand, to this work.

Although as we have shown, Bonet has made no direct use of the work of Bartolus of Sasso-Ferrato for the passage on the Roman People, or, indeed, for any of the more legal portion of his book, he makes him his sole source for his six chapters on Heraldry. Bartolus was able to combine an interest in this science with his enormous activity in the fields of Canon and Civil law and tells us gravely enough that Charles IV, Roman Emperor, had conceded to him the right to bear as arms a red lion with two tails on a gold field. His *de Insigniis et Armis*¹⁾, which appeared in 1358, had already been drawn upon by the industrious

version of the Italian treatise although a contrary impression would be formed by one who made a comparison only between the portions to which we have referred.

Again, there are numerous borrowings in the *S. V.* from the *Somnium* of 1372 but the whole of the *S. V.* is a clumsy blend of extracts from many sources and those taken from the earlier *Somnium* are used in exactly the same way as those taken from other authors. It is then, wrong to speak of the *S. V.* as a distorted version of its predecessor or indeed as a version of it at all.

It may be added that the dialogue form and the use of the Clericus and Miles in the *S. V.* are obviously derived from Ockham's *Disputatio super Potestate Praelatis Ecclesiae, atque Principibus terrarum commissa*, from which the opening words of the *S. V.* proper as distinct from the Prologue are taken direct.

I am indebted to Professor Twemlow of the University of Liverpool for a description of the MS. and to the Authorities of the Vatican Library for permission to obtain photographs of it.

¹⁾ Bartoli. Opera. ed. 1588—9. Vol. V, p. 340. *De Insigniis et Armis*.

assembler of that strange mosaic the *Somnium Viridarii*, and there are strong signs that Bonet was guided in his selections by the example set therein. Certain minute indications, however, serve to show that it is the earlier original that has been used ¹⁾. All that the Tree contains on the subject of heraldry is to be found in the *de Insigniis*; the general doctrine of arms, the authority whence the right to bear them may be derived, the topic of the German knight who finds a foreigner wearing the arms of his house, the examination of the virtues of the various colours, and their precedence, and so on. Much as usual is omitted, notably the problem of the allotment of the trade sign on a dissolution of partnership, as also much curious lore bearing on the correct method of depicting and wearing arms whether on shields, garments, hangings, or elsewhere. Needless to say there is no acknowledgment of the origin of all this on Bonet's part; the nearest approach is a vague mention of "ung nostre maistre".

The chapters containing this exposition of the true doctrines of heraldry made an immense appeal to fifteenth century taste. Their full story would be an interesting one but the beginnings only of it can be touched on here. With the Prior of Salon henceforward accepted as their original author they passed into the *Feats of Arms* of Christine de Pisan and later into the pages of the Herald Sicille. ²⁾ The herald of Valenciennes writing at the end of the century goes back to the Tree as an authority for his subject, ³⁾ and, copied either from Bonet or from Sicille, they went far afield. ⁴⁾.

¹⁾ This appears from comparison of Bartolus, cap. 24, with cap. 129 of the Tree, and with cap. 133 of the *S. V.* Bonet's sentences, "Et pour ceste excellence dist l'escripture que les justes et les saintes personnes resplendissent comme le soleil. Et aussi par ceste haulte nature le Fils de Dieu quant il se transfigura devant ses apostres il monstra sa tres digne face aussi luisante que le soleil" occur in the *de Insigniis* but not in the *S. V.*

²⁾ See notes 2, 3, p. 182.

³⁾ B. M. MS E. G. 1644. Francoie was herald of Valenciennes in 1483. See fol 3, for reference to l'Arbre des Batailles.

⁴⁾ They are copied in part, not from Bonet, but from Sicille, at fol. 97 Phillips MS. 10396 (in the writer's possession). This is a sort of 15th cent. scrap-book, perhaps of Burgundian origin, containing 119 fol. of miscellaneous extracts.

Mr. Nys credits Bonet with the translation of several passages from Oldradus, giving no indication, however, of the passages he had in mind, or of their place in the Tree. It would be rash to deny their existence outright but long search has left us unable to point to any direct connection with that master. It is true that there are resemblances in choice of topic, as for instance, in the case of the chapters on the Jews and Saracens, subjects covered very fully by Oldradus; but such matters are treated on every hand by mediæval lawyers and, naturally, with much similarity in method of argument and choice of authority. Again there are sections of the Tree, especially those where the question is examined of the knight summoned simultaneously by two lords to join their armies, or of the baron who receives such a summons from both his immediate lord and the king, which remind us forcibly of Durandus. But here, too, precise comparison fails to reveal direct connection. ¹⁾

¹⁾ Caps. 2, 63, 106, pt. IV, of the Tree, on the right to wage war on the Jews and Saracens and incidentally, on their general treatment, may be compared with:

a) Oldradus, *Quaestiones*, eds. 1481, Basle, and 1490, Venice. e. g. Q. 71, on the lawfulness of using the infidels as allies; Q. 72, on war against the Saracens of Spain; Q. 91, on the liability of Saracens to the payment of tithes; Q. 264, in great detail, on the right of a prince to expel Jews and Saracens from his kingdom.

b) The *Summa Monaldi*, ed. 1516. Lyons, fol. CII, on the Jews.

Caps. 15, 16, 17, 66, 67, pt. IV, of the Tree, which deal with various difficulties in the interpretation of the feudal oath, the position of the vassal summoned at the same time to the help of his overlord and of the king, and that of the vassal of two lords who is called on by both for help, may be compared with:

a) Oldradus, op. cit. Q. 233.

b) The *Speculum Juris* of G. Durandus, ed. 1563, Basle, p. 299 col. I, et seq. where there is close examination of the duties of a vassal bound to two lords, of the duties of a vassal to his lord's overlord and so on.

All the questions raised by John of Legnano and Bonet are considered here.

c) The extracts from "Jacques de Ravenne" (Jacques de Revigny), given in Tourtoulon, *Les oeuvres de Jacques de Revigny*, Paris, 1899. Jacques de Revigny examines the case of a French Count who rebels against the King and calls his men to assist him, and that of a vassal of the Duke of Burgundy who is called on to aid the Duke against an enemy and at the same time summoned to help the King of France whose crown and kingdom are in danger.

Of Bonet's use of the Canon Law it is unnecessary to speak in detail. He is obviously well versed in it, though, like those of the other writers of his age his applications of it are often distorted, secondary, and forced. His knowledge in this regard was the stock in trade of men of his profession and training and can scarcely be considered as a source in the usual sense. With the Civil Law his first hand acquaintance is, we believe, comparatively slight. There are instances where he goes behind a canon law reference, to the original ¹⁾ but we have not encountered cases in which he does the same for the Civil Law references ²⁾.

The world of mediæval writings on subjects germane to those covered in the Tree of Battles is vast and we make no pretence to have discovered all Bonet's sources. We have demonstrated, however, that the larger part of his material, his array of authorities, his erudition are derived from one source. It is clear that

The comparison with Durandus here suggested is of peculiar value as exemplifying the difficulty of assigning sources for mediæval writers, and may throw light on Mr. Nys's statement concerning the use of Oldradus in the Tree. John of Legnano in his chapters 32, 33, 34 is treating these matters of the relations of vassals to overlords. He asks, for instance, in 32, "An subditi uni baroni, moventi guerram contra regem suum, teneantur ipsum baronem juvare contra regem?"

He proceeds to copy almost verbatim the arguments of Durandus, without acknowledgment. He changes, it is true, a baron of France into a Baron of Spain, and substitutes a war with a king of Granada for one with a King of Germany; but, with omissions, these three chapters are taken straight from Durandus. A writer, then, who has depended chiefly for his materials on John, may easily be credited with some of the latter's industry or borrowings.

Caps. 25, 44, 62, pt. IV, of the Tree on the right of the clerk to take part in war, to use arms in self-defence, and on clerical irregularity, may be compared with the portions of the *Summa Monaldi* covering homicide and irregularity of clergy.

Bonet's failure to use the *Siete Partidas*, on which Mr. Nys remarks, is the more surprising as that work resembles in many ways his own. It is another illustration of his strict economy in the matter of sources.

See *Las Siete Partidas* del Rey Don Alfonso el Sabio, Madrid 1807.

¹⁾ E. g. Cap. 15, pt. IV, where he uses Gratian, Causa XXII. Q. V. cap. XVIII, *de forma fidelitatis*, and proceeds to expand the *incolume, tutum, honestum, utile, facile, possibile*, in that order.

²⁾ The number of actual references to the text of the Civil law varies considerably in the different manuscripts. They are, as a rule, second hand.

on this side his work must lose much of the claims for learning and, in its doctrinal aspect, to originality, that have been made for it. But on other grounds, and with different emphasis, it is fair to describe the Tree as one of the most original of mediæval works, and the Prior's own contribution as a weighty one. Quite apart from the views he examines, and even from the majority of the conclusions he reaches, his book has its distinctive qualities. It may be said, in a word, that he turns a cabinet science into something closely related to life at the end of the 15th century. He rescues the correct and orderly expositions of John of Legnano and the many masters on whom he had depended and puts them within reach of a wider audience in a form which was intelligible to it. The abstractions of the Legists are made concrete and the reproach, justly levelled at the men of the middle age, of manipulating their material without regard to the external world, is in large measure avoided. Bonet's method is in itself his chief contribution; it is no accident but the peculiar and essential characteristic of his work. His modern reader is taken into the epoch of dying feudalism and sanctions rapidly growing obsolete; contemporaries were presented with the world around them. To these latter the geographical and political setting was the Christendom they knew, while the arguments were illustrated by examples drawn from events and disputes which lay within their knowledge and experience. There is the frequent use of the Angevin succession in Naples and Provence which was in men's minds in 1387; when the question is posed as to the right of mercenaries to payment when their hirer has lost his State it is the Duke of Brittany, who takes the part of the hirer, and that Duke had lost his duchy, and recently. If a soldier is ill must he receive wages? Topic, treatment, and conclusion, are taken from a brief consideration of the matter in the *De Bello*, but Bonet's soldier is a captain in the King's service, on an expedition against Bayonne or Bordeaux. He arrives at a lodging where the people of the place have poisoned the bread and wine so that the captain and his men are ill for a year. John asks whether those who go to war unsummoned, in the hope of glory, have any claim to reward and analyses in a difficult chapter the *actio mandati* and the *actio negotiorum*

gestorum; we find in the Tree a lively account of a widow oppressed by a very haughty knight, a native of Gascony, and of a knight of France who for his own glory and to show his prowess in arms takes her quarrel upon himself. With Bonet there are few abstractions; Kings are Kings of France, of England, of Spain, of Scotland; and knights arrive from Austria, from Germany, from Lombardy, "as they are accustomed to do." In the same way the geographical setting is of extraordinary variety and interest and covers a wide range of places in which men living under Charles VI were interested, from Asti to Compostella.

The effect of concreteness and life is often intensified by the employment of the dialogue form into which many more or less abstract cases are transferred. Bartolus ¹⁾ investigates the claims of a German Knight, who, riding into Italy, meets there an Italian bearing arms identical with his own. In the *Somnium Viridarii* the section of Bartolus is copied almost word for word with the substitution of France for Italy. Bonet ²⁾ presents his readers with the following: — "A German goes to Paris to see the King's court and to become acquainted with the gentle manners of France and meets a knight or squire bearing the arms of his house. He accosts him roughly, as the Germans are accustomed to do, and swears he has no right to wear such arms. The Frenchman replies courteously, "Fair sir, may I not carry the arms that my father and ancestors have borne from time out of mind?" Says the German, "My line is more ancient and gentler than yours and these arms you bear belong to us; I say you have no right to them and if you intend to maintain such right there is my gage etc." Note that nothing is changed but the mode of presentation and the points made by the original are all included.

The painfully acquired knowledge of his world and his own shrewdness often save Bonet from the abstract academic conclusion; his unusual and marked tendency to the appeal to history is but his method of extending experience into the past.

¹⁾ Bartolus, op. cit. c. 6; *Somnium Viridarii*, c. 127 (Goldast).

²⁾ Tree, 127, pt. IV.

"Those" says he, "who have made these glosses have not studied all the histories of times gone by" ¹⁾.

The elasticity of his plan of treatment permits him, again, to turn aside to the equitable or commonsense aspect of a case and a surprising impression of freshness and originality is often left on the reader's mind by chapters in which digression of this sort is the only real addition made by him to what he has found ready to hand in his masters. Thus in the enquiry into the justice or otherwise of war against the Jews ²⁾ there is, we believe, no single plea that may not be paralleled in the works of earlier writers; the decision arrived at is that of John of Legnano; yet the effect produced is that of the concluding phrases: "*Et se ils nous ont en hayne, leur dan, car ils ne sont mie puissans pour nous faire guerre ouverte. Et, de moins amer, je croy qu'ils ne nous passent de guaires car a la verite nous ne les avons goutte chiers et se ils nous font plente de mal nous ne leur faisons guaires de bien.*" Finally it would be unjust to pass over without illustration Bonet's teaching on an aspect of war to which he was peculiarly alive. Similar sentiments are doubtless concealed behind the dry legal summaries of the lawyers, and the Prior was by no means solitary in his day in holding such views, but no one utters them with more earnestness and conviction or returns so often to repeat them. He has been speaking of the abuse of Ransom and lays down that it should never be so excessive as to impoverish the payor. "But God knows how often the soldiers of to-day do the contrary, for they take from prisoners great and excessive ransoms, and especially from the poor labourers who cultivate the lands and vineyards and by their toil allow all to live. And I am heart stricken to see and hear of the misery they inflict on poor labourers and others who have not the wit either to think or do evil, who labour for men of every estate, and through whom, under God, the Pope and all the Kings and Lords in the world have their meat and their drink and their clothing" ³⁾.

And in another place. "May it please God to put into the

¹⁾ Tree, 84, pt. IV.

²⁾ Tree, 63, pt. IV; *De Bello*, 70; Oldradus, ut supra.

³⁾ Tree 47, pt. IV.

hearts of Kings to ordain that in all wars poor labourers should be left in surety and peace, for, nowadays, all wars are waged against poor labouring folk and their possessions. So I cannot call it war but rather pillage and robbery. This is not the way of war according to the rules of true chivalry nor was it the ancient custom of noble warriors who sustained justice, the widow, and the orphan. Now we see on all sides the opposite to this. The man who is not skilled in setting on fire, robbing churches, imprisoning priests, is not fitted for war, and the knights of to-day have no longer the glory and praise of those of old time" ¹⁾).

We may conclude, then, that if every argument presented in the Tree be duly traced to an earlier source there still remains a large residue which is the personal contribution of the author. He has been classed as one of the best, or of the least bad, of the writers of the end of the 14th century ²⁾. The lack of system in his work is without doubt a serious fault; its chief value for the historian will be as a view of one of the crucial ages of history seen through the medium of a mind, not of the highest calibre, which by its limitations makes that view clearer; but gauging the writer's success by his stated aims we must assign to his treatise an important place as a skilful exposition of difficult doctrines in concrete and popular form. That it is the earliest monument of International Law ³⁾ is a hard saying. After scrutiny of its sources we are entitled to modify the description and to say that it is the first statement of theory, in that field, which is in popular form and in a vulgar tongue, and we may limit further by making clear that it treats only of that portion of International Law which is concerned with the Laws of War. We are still left with the difficult problem of the use of the word "International" in connection with a work of the late 14th century. That the sanctions invoked are different from those of today is obvious. The Law of War "has been disentangled from Theology, ethics, the legislation of Justin, the pre-

¹⁾ Tree, 102, pt. IV.

²⁾ Valois, op. cit. note 2 p. 173.

³⁾ Nys, Introd., *Arbre des Batailles*, XXVIII.

cepts of the Canonists, and feudalism" ¹⁾; though in passing it may not be without pertinence to remind ourselves that the stock of ideas brought by the individual nation to the discussion and development of International Law cannot be entirely disassociated from its inherited share, be it large or small, of the past influence of these sanctions. We come to a more marked difference when we agree that International Law has now been placed on its true foundation, "the consent of the states comprising the 'Family of Nations' as evidenced by consistent courses of conduct or by generally accepted conventions" ²⁾, and we are faced by an essential contrast between the age of Bonet and the 20th century. From the standpoint of the mediaevalist the Tree marks not the rudimentary beginnings of International Law but a phase near to the declared and accepted end of an older system. Theory had long lagged behind practice but the divorce between the two was becoming increasingly difficult to cloak. The right to declare and wage general war had been a test of sovereignty; Pope and Emperor might declare such war on the infidel outside Christendom, and on heretic and Jew inside it. But mediaeval writers had early to deal with those awkward questions of the Lombard towns and of Venice; there were the Papal States, and there were the Kings of France, England, and Spain. Bonet and those he followed regard these matters as mere breaches in an enduring system which did not involve restatement of the general theory; but the breaches were soon, so to speak, to become the system, the exceptions to become the rule. The importance of the Tree of Battles, in the history of International Law, lies, in the last resort, in the contrast it suggests between an age which was moving unwittingly towards "nationality" and one moving, may we say, towards a modified form of it; for extension of the field of International Law must be at the expense of that "nationality" which was one of the main factors in bringing about the end of the Middle Ages.

¹⁾ Holland, *op. cit.* pp. IX, X.

²⁾ Holland, *op. cit.* pp. IX, X.

EXAMEN DE QUELQUES TEXTES DE DROIT ROMAIN ET DE DROIT HÉBRAÏQUE SUR LE PILLAGE, LE BUTIN ET L'ATTRIBUTION DU BUTIN FAIT PAR L'ENNEMI ET QUI LUI EST REPRIS (Butin récupéré) *)

PAR

PIERRE DE TOURTOULON (LAUSANNE).

La compréhension historique des Institutions exige avant tout un travail d'analyse, car nos conceptions juridiques les plus simples sont des synthèses tout à fait étrangères aux anciennes civilisations. Elles sont formées d'éléments bien plus simples que des générations de juristes ont manipulés pour leur donner une unité plus apparente que réelle; oserais-je comparer les concepts de nos droits modernes à des ficelles où d'innombrables brins de chanvre ont été savamment entortillés les uns contre les autres? La comparaison serait bien triviale. Et pourtant, il me semble indispensable quand on prend une institution à une certaine date et qu'on veut la retrouver en son entier dans une époque antérieure — de détortiller la ficelle afin d'évaluer les brins de chanvre et de comprendre comment ils ont été réunis.

C'est un travail de ce genre que je voudrais effectuer très brièvement en analysant d'après certains textes romains et hébraïques la notion du „butin”, bien pris à l'ennemi vaincu. Il est bien entendu qu'il s'agit de considérations fragmentaires et non d'un travail d'ensemble. Ainsi nous envisageons le butin au point de vue de l'intérêt du soldat et non dans son rôle politique qui a toujours préoccupé les généraux et les hommes d'Etat.

Le rapprochement que nous faisons ici entre les législations

*) Communication faite au Congrès des Sciences Historiques de Bruxelles le 12 avril 1923.

romaine et hébraïque est purement accidentel et arbitraire. Il ne sous-entend aucune parenté ni influence sur ce point entre les deux Droits. C'est par simple curiosité que nous relevons certaines analogies d'ailleurs peu étonnantes, car la réglementation du butin dans les anciennes civilisations est déterminée par la force des choses, notamment la psychologie du soldat, beaucoup plus que par des décisions d'un législateur quelconque.

Les circonstances matérielles et la nature des phénomènes psychologiques qui incitent au butin sont diverses et à cet égard nous distinguerons :

1°. *Le butin de camp.* Celui qui se fait sur le champ de bataille, que les romains appellent *spolia*; les grecs, *σκυλον* et auquel on peut réserver le mot de dépouilles. Il est le signe de la Victoire et satisfait avant tout l'orgueil du vainqueur. Du scalp de l'indien aux pompeux triomphes des généraux romains, il traduit les mêmes sentiments.

2°. *Le butin agricole.* C'est ici l'intérêt économique qui est en jeu. Une armée parcourt les campagnes enlevant le bétail et les récoltes. Chaque soldat obtient sa part et sa fortune personnelle en est augmentée.

3°. *Le butin fait dans le sac des villes.* C'est celui qui passionne au plus haut point l'esprit de l'aventurier, surtout lorsqu'il s'agit d'un peuple pauvre qui s'empare d'une ville riche. C'est surtout le désir du merveilleux, de l'inattendu qui en est surexcité plus que la simple cupidité. Le soldat peut avoir la chance de trouver dans la cité conquise des richesses dont il ignorait la nature et qui souvent transforment même son genre d'existence.

Dans la Rome primitive et dans beaucoup de civilisations analogues, ces trois formes de butin constituent trois institutions psychologiquement, sociologiquement et sans doute aussi, juridiquement distinctes. Mais, pour le moment, il me suffira de signaler cette diversité de nature, et sans l'approfondir j'examinerai par quels procédés ce butin sous ses diverses formes peut être réalisé et réparti.

Je distinguerai quatre procédés : 1° le pillage ; 2° la répartition entre soldats ; 3° la main-mise de l'Etat ; 4° la restitution à l'ancien propriétaire, s'il s'agit d'un objet antérieurement enlevé par l'ennemi et qui lui est repris.

I. *Le Pillage.* — Après une bataille, au moment de la prise d'une ville le général vainqueur peut autoriser le pillage. Il le promet parfois d'avance. Dans ces cas, le soldat lâché sur les biens des ennemis s'empare pour son propre compte de tout ce qu'il peut trouver. La pratique du pillage est très fréquente chez les vieux Romains et Tite-Live nous en donne de nombreux exemples. Le mot „direptio", dans un sens étroit, semble, au moins à une certaine époque, lui avoir été réservé alors que le mot „dereptio" avait le sens de détournement fait par une personne.

Tite-Live nous offre d'ailleurs mieux que des exemples de pillage. Sous forme d'une discussion devant le Sénat romain, il nous en présente toute la théorie avec ses avantages et ses inconvénients (V. 20). Camille a la certitude que l'opulente cité de Véies va tomber en son pouvoir. La livrera-t-il au pillage individuel des soldats ou se fera-t-il délivrer tout le butin pour procéder à une équitable répartition? Bien qu'il soit dans l'usage que le général prenne une décision de sa propre autorité, Camille, pour mettre sa responsabilité à l'abri, préfère consulter le Sénat devant qui les deux systèmes rencontrent des partisans. Lucinius est pour le pillage; la répartition après coup ne contentera personne et sera toujours suspecte. „Suspectam semper eam pecuniam fore aiebat." Il ajoutait avec beaucoup de perspicacité: „Gratius id fore quod quisque sua manu ex hoste captum domum retulerit quam si multiplex alterius arbitrio accipiat." C'était bien raisonné. De ce qu'il aurait pris lui-même, le soldat serait fier et content ou devrait faire semblant de l'être; ce qu'il obtiendrait dans une répartition lui paraîtrait toujours mesquin. L'obligation de rapporter à la masse diminuera de beaucoup son ardeur.

Un sentiment analogue est exprimé dans un verset d'Isaïe (33.4) interprété dans le Synhédrin, 7^e volume du Talmud de Babylone, édité et traduit par Goldschmidt XI. gemara 1 et 2, p. 407. Isaïe veut ranimer la confiance du peuple hébreu dans l'avenir et lui prédit la victoire sur les Assyriens. Cette victoire sera suivie d'un grand pillage qui mettra la joie dans Israel. „*Dann rafft ihr Beute zusammen, Wie Heuschrecken rafften.*" „Vous rafflerez comme rafflent les sauterelles." Telle est la traduction du texte d'Isaïe. Suit l'interprétation „Der Prophet sprach zu den Jisraeliten: Rafft eure Beute zusammen. Sie fragten ihm: plündern

oder zum verteilen. Er erwiderte ihnen: wie die Heuschrecken rafften; wie bei den Heuschrecken, jede für sich besonders rafft ebenso rafft auch ihr jeder für sich besonders." La pensée du Talmud est claire. Celle d'Isaïe sous une forme très concise me semble s'y adapter fort bien. Il est vrai que la traduction en a été très différente dans la Vulgate et dans les diverses traductions chrétiennes notamment celle de Luther. On y met au passif ce qui dans la traduction talmudique est à l'actif; Isaïe s'adresserait aux Assyriens au lieu de s'adresser aux Israélites pour leur prédire que leurs dépouilles seront ramassées, comme les sauterelles sont ramassées. „Et congregabuntur spolia vestra sicut colligitur bruchus."

Mais les plus récentes traductions françaises de la Bible, celles de Crampon et de Segond ont corrigé en partie l'erreur ancienne. „On moissonnera votre butin comme moissonne la sauterelle." La sauterelle est restituée dans son rôle actif; mais le Prophète continue à s'adresser aux Assyriens. Il me semble que la version talmudique est à la fois plus expressive et plus satisfaisante.

II. — *La répartition du butin entre soldats.* — Le pillage proprement dit a un gros inconvénient qui s'est vite révélé à l'usage. La raison d'être du pillage est d'exciter le courage pendant le siège ou la bataille. Mais à cet égard même, il offre un gros inconvénient. Ceux qui ont été les plus ardents à vaincre, se sont le plus exposés aux coups de l'ennemi. Ils ont le plus de chances d'être blessés ou épuisés de fatigue au moment du succès; tandis que les mauvais soldats qui ont ménagé leurs forces, sont tout dispos pour courir au pillage et choisir les objets de prix. Dans cette même discussion à propos de la prise de Véies, les partisans de la concentration et de la distribution du butin font valoir cet argument, „quum ita ferme eveniat ut segnior sit prædator ut quisque laborisque, periculisque præcipuam petere partem soleat." (Liv. V. 20). Les meilleurs soldats sont souvent de mauvais pillards et réciproquement.

Alors ne vaut-il pas mieux qu'il soit interdit au soldat de s'approprier directement le bien des ennemis? Il sera tenu par serment et sous sanction de peines sévères de tout apporter au chef qui fera une répartition équitable. On pourra faire ainsi la part des blessés, la part des malades, de ceux qui ont contribué à la vic-

toire mais sont retenus à un poste fixe. Polybe assure témérairement que les Romains ont toujours pratiqué ce système et les en félicite grandement. Il fut au contraire peut-être moins pratiqué à Rome que dans d'autres pays.

Isaïe — au verset 4 du ch. 33 dont nous avons parlé — a promis aux Israélites le pillage individuel des villes et campagnes assyriennes, pour faire plaisir sans doute à la masse des hommes valides qui pourront y participer. Il semble se rendre compte à la fin du même chapitre que cette solution ne contentera pas tout le monde et il revient sur cette question du butin pour la présenter sous un aspect un peu différent.

„23. In fine tunc dividuntur spolia multarum prædarum, claudi diripiant rapinam.”

„24. — nec dicet vicinus elanguis populus qui habitat in ea aufertur ab eo iniquitas.”

Le pillage à la façon des sauterelles exclut le malade et le blessé. Isaïe répare ici cet oubli. Peut-être par une contradiction peu dangereuse puisqu'il s'agit d'une simple prédiction. Peut-être sans contradiction, s'il a voulu dire que le peuple hébreu étant purifié devant Jéhovah de ses fautes passées, les malades et les blessés reprendront physiquement toute leur force et pourront comme les autres se faire largement leur part.

III. — *Attribution à l'Etat.* — Le général peut décider que tout ou partie du butin sera versé dans le trésor public. Mais dans la vieille Rome telle que la décrit Tite-Live, cette attribution ne serait pas sans danger. Au sortir de ses fonctions, ce général risquerait de se voir mis en accusation et condamné (Liv. III. 31).

IV. — *Attribution du butin fait par l'ennemi et qui lui est repris.* A qui attribuer le butin fait par l'ennemi et qui lui a été repris? Sera-t-il partagé entre les soldats ou rendu à l'ancien propriétaire? Question d'un intérêt pratique considérable aux débuts de Rome. Combien de fois Tite-Live nous fait-il ce petit récit. Un peuple voisin (Volsques, Eques, Samnites, etc.) envahit à l'improviste les campagnes romaines enlevant tout sur son passage: les hommes et les femmes pour en faire des esclaves, le bétail, les récoltes pour se les approprier. Les Romains surpris ne perdent pas la tête; en rien de temps, un général a constitué une armée; il manœuvre très sagement pour couper la retraite

à l'ennemi, le tailler en pièces et lui reprendre tout ce qu'il avait emporté. Les hommes et les femmes sont remis en liberté. Mais le bétail, les récoltes font-ils partie du butin ou va-t-on les rendre à leurs anciens propriétaires? D'autres fois, les choses n'iront pas aussi vite et la reprise sera beaucoup plus tardive. D'autres fois encore, les ennemis pour obtenir la paix et contracter alliance offriront d'eux-mêmes la restitution des objets enlevés. Dans tous ces cas que va-t-on faire des biens récupérés?

Tite-Live raconte qu'un certain Lucretius a dirigé une expédition dans le genre de celle que nous venons d'exposer schématiquement. La défaite de l'ennemi lui a fait acquérir beaucoup de gloire; mais il a augmenté sa gloire en faisant exposer au Champ de Mars tout le butin et en permettant à chaque citoyen de venir reprendre ce qui lui avait appartenu „et auget gloriam adveniens, exposita omni in campo Martio præda, ut suum quisque per triduum cognitum abduceret. Reliqua vendita, quibus domini non extitere” (Liv. III. 10). Cela aurait eu lieu en 459 ou en 462 avant notre ère. Donc à ce moment la restitution à l'ancien propriétaire était purement facultative pour le général. On pourrait presque conclure que cette façon de procéder fut une innovation de Lucretius. Mais peu après l'exposition et la restitution des biens reconnus apparaît comme un usage constant et semble-t-il obligatoire, puisqu'on l'applique même en faveur d'alliés non romains (Liv. IV. 29 pour l'an 428 a. c.) (V. aussi Liv. V. 16 pour l'an 394 a. c.).

Le conflit de Manlius Capitolinus et de Camille (Liv. VI 14 et suiv.), que l'on pourrait appeler l'affaire de l'or gaulois, est né de la non application du principe de la restitution au propriétaire dans un cas douteux. Après la prise de Rome, les Gaulois ont exigé un poids considérable d'or, avant de quitter la ville. Cette rançon ne put être obtenue qu'en mettant à contribution tous les citoyens, les pauvres comme les riches. Mais les Gaulois ne parviendront pas à rentrer chez eux avec leur butin. Camille les poursuit, les met en déroute et leur reprend les richesses qu'ils emportent. Que devient cet or? On ne le restitue pas aux citoyens mis à contribution. Pourquoi: peut-être en qualité de chose fungible; on a pu dire aussi que les Gaulois l'ont pris à l'Etat romain et non directement aux citoyens. En tous cas, cette manière de

faire a vivement irrité la masse. Manlius, qui se fait son porte-parole, se plaint amèrement qu'on n'ait pas fait cette restitution et il accuse certains patriciens de s'être enrichi au détriment des citoyens pauvres.

Sans qu'il soit possible de l'établir d'une façon directe et formelle, il est très vraisemblable que la restitution du butin repris à l'ennemi à son ancien propriétaire était consacré par un texte.

Quel texte? Ici je demande aux romanistes de m'excuser, si je me hasarde sur un terrain dangereux en présence des spécialistes de haute autorité qui m'écoutent. J'oserai toutefois énoncer qu'il est possible, non pas certain, mais simplement possible que ce texte soit le principe de la loi des XII Tables: „Adversus hostem æterna autoritas esto”. — „Contre l'ennemi ou l'étranger que l'autorité (le dominium) soit éternelle.” C'est-à-dire: le citoyen romain ne perd pas la propriété sur sa chose par le fait qu'elle se trouve même longtemps entre les mains d'un ennemi ou d'un étranger. Conséquence pratique la plus fréquente, véritable raison d'être de la loi: le butin fait par l'ennemi sur le citoyen romain et qui lui est repris doit être rendu à l'ancien propriétaire qui en est toujours propriétaire. Dans la forme, le mot „adversus”, „contre”, vise bien l'hostis, l'ennemi ou l'étranger, et c'est une habileté politique qui ne me semble pas surprenante chez les vieux Romains. Dans le fond, ce sont des intérêts romains, ceux des propriétaires et plus particulièrement des agriculteurs, qui sont opposés à d'autres intérêts romains, ceux des soldats, des généraux, de l'Etat.

Que mon interprétation soit bonne ou mauvaise, elle aurait de bons résultats si elle suscitait de nouveaux efforts pour la compréhension d'un texte qui n'est encore qu'un laissé pour compte dans le droit romain de la première période. Les textes y sont rares; il est bien dommage d'en laisser perdre un fragment. „L'adversus hostem æterna autoritas esto” a donné lieu à quelques traductions dont quelques unes ne me paraissent pas soutenables. Mon collègue et savant ami Huvelin en a sans doute donné la meilleure interprétation dans son bel ouvrage sur le *Furtum*, qui, par la précision et l'abondance des renseignements est fort utile à consulter même sur de nombreuses matières qui ne touchent pas directement à son sujet. Sa traduction littérale me semble

tout à fait exacte sauf pour le mot „hostem” que, d’après Cicéron et Varron, il remplace par „peregrinum”. Son interprétation me semble contestable. „Le pérégrin qui n’a pas le jus commercii ne peut usucaper le bien d’un citoyen romain.” Mais était-il nécessaire d’une loi pour tirer cette conclusion particulière d’un principe général indiscuté. Il est surtout bien invraisemblable que, dans la Rome de 450 ans avant notre ère ou dans la Rome telle que nous la décrit Tite-Live au moment de la rédaction des XII tables, on ait cru devoir faire des prescriptions pour des sujets romains non citoyens habitant la petite cité. Y en avait-il ? Mon collègue Huvelin reconnaît l’invraisemblance de son interprétation si la loi des XII tables est de 450 ; il faut reconnaître avec lui que la fameuse question de la date de la loi des XII tables n’est pas tranchée avec certitude. Bornons—nous donc à poser une conclusion conditionnelle.” Si la loi des XII tables est de 450 avant notre ère, l’„Adversus hostem æterna autoritas esto” n’a pas reçu d’interprétation satisfaisante ; et la mienne a l’avantage d’être en harmonie avec les préoccupations de cette civilisation peut-être imaginaire dont Tite-Live nous fait la peinture. Elle n’est pas formellement en désaccord avec la sémantique du mot „hostis” d’après Varron et Cicéron — deux têtes dans un seul bonnet. Le serait-elle que cela n’aurait peut-être pas grande importance si le précepte a l’antiquité qu’on lui attribue le plus souvent.

Cette question du butin récupéré, qui passe à nos yeux presque inaperçue, semble avoir été pour la Rome primitive de la plus haute importance et il n’est pas douteux que bien des peuples vivant dans des conditions analogues ont eu à l’envisager et à la résoudre.

Pour le moment, nous nous bornerons à revenir au texte du Synhédrin dont nous avons donné le début.

Le prophète a prédit aux Israelites qu’ils pilleraient comme les sauterelles chacun pour eux. Le Talmud imagine qu’ils ont soulevé une objection. „Sie entgegneten ihm: Auch das Vermögen der zehn Stämme ist ja darin enthalten!? Er erwiderte ihnen: *Wie das Rauschen der Bäche rauscht es da.* Wie die Bäche den Menschen vom Zustand der Unreinheit in den Zustand der Reinheit bringt, ebenso wird das jisraelitische Geld rein, sobald es in die Hände der weltlichen Völker fällt.” Les Israélites sont étonnés

de ce que le prophète promet le pillage individuel par le fait que dans le butin qui sera fait sur les Assyriens se trouveront des biens qui appartenaient aux dix tribus et que Sanherib a enlevé. D'après le Synhédrin, le prophète se serait justifié par un argument symbolique en parlant de l'eau du ruisseau qui est le grand purificateur de toute souillure. Ainsi les richesses prises à l'ennemi seront lavées de toutes les qualités juridiques qu'elles avaient autrefois et chacun pourra se les approprier. En réalité, Isaïe est loin d'en dire si long; il fait simplement allusion au bruissement des sauterelles pillant une moisson qu'il compare au bruit de l'eau courant dans un ruisseau rapide.

Ici encore, il y a désaccord entre la traduction talmudique et la plupart des traductions chrétiennes du texte d'Isaïe. Dans la plupart des versions chrétiennes il n'est question ni d'eau ni de ruisseau; le second vers du verset 4. c. 33 n'y est que la répétition du premier avec une autre espèce de sauterelle et on peut s'étonner que le même texte soit traduit par Goldschmidt en „Wie das Rauschen der Bäche rauscht es da" et par Luther „wie die Käfer zerscheucht werden, wenn man sie überfällt".

Tout s'explique si on observe que dans la langue hébraïque, les mêmes racines sont communes à deux mots dont l'un signifie „eau" et l'autre désigne une espèce de sauterelle. Dans Jérémie 14. 13, les bibles chrétiennes ont donné à ce terme le sens de „eau", tandis que dans Isaïe 4. c. 33, sans doute sous l'influence du vers précédent, elles traduisent par „sauterelle" ou autre insecte du même genre. De là, l'erreur que tous n'ont d'ailleurs pas commise. Le même mot se retrouve en arabe avec les deux significations: „gibân, eau"; „gabîn, sauterelle".

V. — Concluons. — Les théories du droit classique sur le butin ne concordent en rien avec la pratique de la vieille Rome militaire et agricole. Le pillage en est la forme de réalisation la plus ancienne et la plus populaire. Il s'est prolongé longtemps dans l'histoire romaine. Certaines modalités ont été inventées pour en écarter certains inconvénients, l'adapter à des expéditions d'une certaine envergure. Mais le soldat de l'ancienne Rome est aussi agriculteur que soldat; aussi a-t-il consenti de très bonne heure à ce que le butin récupéré, qui est le plus souvent du butin agricole, soit restitué à l'ancien propriétaire.

La concentration entre les mains du général et la répartition subséquente aux soldats et même l'attribution partielle ou totale au trésor public aurait eu surement la préférence des patriciens. Mais devant les antipathies plébeiennes, ils hésitent beaucoup à employer ces procédés et s'ils les emploient, ils s'en trouvent quelque fois très mal.

A l'époque classique — d'après ce qui se dit couramment car pour cette période, je n'ai fait aucune étude spéciale — les principes sont renversés: interdiction du pillage; attribution du butin à l'Etat; les biens récupérés sur l'ennemi ne sont plus restitués aux anciens propriétaires. „Si quid bello captum est, in praeda est, non postliminio redit,” dit Labeo fr. 28. XLIX. 15. Il n'est d'ailleurs pas certain que son opinion soit unanimement admise.

Pour suivre l'histoire de cette transformation, il serait utile de prendre comme guide le travail de M. Fabia. *Titi Livii loci qui sunt de praeda belli Romana*. Mélanges Appleton 1903.

Et si l'on voulait suivre la théorie du butin dans le cours de l'Empire romain, M. de Francisci nous donne une précieuse indication en signalant qu'une novelle de l'Empereur Valentinien rétablit le pillage au profit de certaines contrées particulièrement exposées.

Quant au droit hébraïque, les textes, que nous avons cités, ont l'avantage de présenter sous une forme concise et pittoresque une théorie presque complète de notre institution. Faut-il y voir une pratique constante dans toute l'histoire d'Israël? Bien loin de là. Qui lirait Schwally, *Der heilige Krieg in alten Israel* (1907) se ferait une idée toute opposée de la pratique du butin dans cette législation. Nous avons voulu poser quelques points de repère et non faire une théorie générale.

Add.: „Sur le sens du mot „hostis” dans la loi des XII Tables comparer avec Tab. II § 2: „aut status dies cum hoste”.

SENTENTIËN VAN DE HOOFDMANNEN- KAMER VAN STAD EN LANDE

DOOR

A. S. DE BLÉCOURT (LEIDEN).

(*Vervolg.*)

II. Erfrecht. ¹⁾

11. *Ommel. 10 Dec. 1739. Schuldeischers van den erflater verzoeken dat de erfgenaam, die beneficiair aanvaardde, zich zal verklaren nopens al of niet aanvaarden.*

„Jacob Egges en cons., in qité, als gezamenlijke creditoren van wijlen den secretaris A. E. van Bolhuis, contra den advocaat Bolhuis, in qité, als benef. inventaris hebbende van zijns vaders boedel, hinc inde petitionanten en gepetitioneerden”.

De pet. vragen, dat de advocaat Bolhuis zich zal verklaren, of hij den boedel van zijn overleden vader wil „adieren, dan niet”; de tijd van deliberatie is voorbij.

De advocaat B. antwoordt: eerst moeten de crediteuren specifiek opgeven wat zij te vorderen hebben.

De pet. repliceeren, dat de advocaat B. de crediteuren dan maar moet rondreizen.

¹⁾ In de vorige aflevering staat in de noot op bl. 450 van dl. IV een vergissing, die ik hier wil herstellen, ofschoon ze overigens van geenerlei invloed op 't daar gevoerde betoog is geweest. Dat bij kinderlooze huwelijken het goed van den of de eerst overleden echtgenoot vererft naar zijn of haar familie, heeft met den regel „paterna paternis” niets te maken. Men schrappe dus de woorden „het paterna paternis, materna maternis” en leze daarvoor: „dat het goed vererfde op de bloedverwanten — erfgenamen van den of de overleden echtgenoot”.

De gepet. dupliceert, dat als de stelling der pet. opging, het geheele benef. inv. illusoir zou worden gemaakt.

In de petitie wordt „pro hoc et nunc gedifficulteerd” en voorts alle crediteuren gelast, om, voorzoover ze 't nog niet deden, specifieke opgaaf hunner vorderingen te doen.

12. Stad. 7 Febr. 1753. *Kan de eisch om zich te verklaren nopens aanvaarding of verwerping der erfenis ingesteld worden tegen den executeur testamentair van den onder benefice van inventaris aanvaarden inboedel?*

„E. de Waal, in qlté, appellant, contra W. Sevensteern in qlté, nu de post volgens acte deszelfs weduwe, in qlté, appellee” van een sententie van B. en R. in Groningen, d.d. 20 Jan. 1751, waarbij was geconfirmeerd een vroegere sententie. Bij deze sententiën was appellant ongefundeerd verklaard in zijn eisch, daartoe strekkend, dat de tegenpartij zich zou moeten verklaren nopens de aanvaarding van den boedel van wijlen Dr. Bolten's weduwe, door hem onder benefice van inventaris aanvaard.

Appellant „contendeert tot reformatie der sententiën”, vooropstellende dat zijn tegenpartij tot executeur was aangesteld bij testament van de weduwe Bolten; hij had de qualiteit van erfgenaam aangenomen en benefice v. inv. verworven en in die qualiteit de mobilia verkocht en de beschrijving uitgebracht; appellant had van zijn vordering ad 1160 gl. aantekening laten doen, doch appellaat „kreunde” zich daarom in 't minst niet, weshalve appellant hem insinuatie had laten doen zich te verklaren nopens de al of niet aanvaarding (Stadsc., rubr. Erfenissen, 11, 12, 13; Sande, Dec. Fris, I., def. 2); appellant had òf te adieeren en borg te stellen, òf te repudieeren en dan moest er ten profijte van crediteuren in preferentie worden verklaard; dit alles, zegt appellaat, deed ik met recht, want alleen W. Sevensteern heeft zich dezen boedel „bekreunt” en er benef. inv. van gekregen. Dus moet hij zich verklaren (Voet, Ad Pandectas, D. 28,8, de jure deliberandi, n°. 12, Wassenaar, Praxis judic., benef. v. inv., cap. 15, § 6), „moetende immers de creditoren op de publieke anslag van beschrijvinge de beneficiarius heres volgen, als door wien zij quasi ex lege Diffamari waren geciteert, om haare crediten op te geven en te verifieeren”; ook kon hij niet beweren als executeur

het benefice te hebben verzocht en gekregen, want het tegendeel bleek uit de beschrijving, waarin hij als beneficiarius heres optrad; de executeur kon ook geen benefice v. inv. krijgen, maar slechts hij, die erfgenaam wilde zijn; dus als er niemand was, die dit wilde zijn, verviel 't testament in 't geheel en moest de testatrix geacht worden intestata te zijn overleden en dan was er ook geen executeur (v. Zutphen, lib... n°. 13); ook was er extra disputata gevonnist; appellant had niet ongefundeerd verklaard mogen zijn, nu de tegenpartij slechts de qualiteit, waarin hij was gedagvaard, had betwist.

De appellate contendeerde tot confirmatie der sententiën; mevr. Bolten had de naaste bloedverwanten van vaders- en moederszijde ingesteld tot erfgenamen en de man van appellate was slechts executeur; hij had toen voor de funeralia gezorgd, consignatie des boedels en benef. v. inv. gevraagd ten behoeve der erfgenamen en authorisatie verzocht tot verkoop der mobilia; als executeur had hij ook de beschrijving van den boedel „geema-neert”; de executeur heeft slechts inventaris op te maken en is bij 't eind tot rekening verplicht; de hier ingestelde actie had tegen de erfgenamen moeten gericht worden; appellate's man was geen familie van de erflaatster; de klerken ter secretarie hadden naar stijl in 't hoofd der beschrijving hem betiteld als „sub beneficio inventarii den boedel adierende”, dit was een abuis; de rechtsvraag, hier te beslissen, is niet of een beneficiarius heres maar of een executeur test. kan worden geconstringeerd tot verklaring te doen nopens aditie of repudiatie; het is niet verboden dat een executeur test. benef. v. inv. aanvraagt ten behoeve van absente erfgenamen; oordeelde appellant het testament vervallen, dan moest hij tegen de erfgenamen ab intestato optreden, of aanstelling van een curator hebben verzocht, als 't een hereditas jacens was. Terecht ook is de tegenpartij ongefundeerd verklaard, omdat er niet een exceptio disqualificatoria was voorgesteld.

De sententiën worden gereformeerd, met compensatie van kosten van 't heele proces.

13. Ommel. 13 Mei 1751. Iemand op een begrafenis („utigst”) genoodigd, aanvaardt die uitnoodiging, doch blijft naar den zin des weduwnaars te lang als gast. Hij wil 't sterfhuis

niet verlaten, bewerende als erfgenaam van de overledene, bij haar man, den weduwnaar, te zijn komen inwonen op diens verzoek.

Boele Jans en cons., appellant, tegen Claas Hindrix, appellaat, van een sententie van 10 Febr. van den richter van Winsum, waarbij de appellant is gelast binnen 3 \times 24 uren uit appellaats huis te trekken, behoudens zijn recht op de nalatenschap van Hyke Luirs Dorenbos, met machtiging op den wedman (= deurwaarder) van Winsum om den appellant te adsisteeren.

Appellant wil de sententie gereformeerd hebben; toen Hyke Luirs Dorenbos dood was, is hij op verzoek van haar man, Claas Hindrix, bij dezen gekomen, en bij „'t uitigst" present geweest en bij hem komen inwonen, zijn huishouding opgebroken hebbende, aldus door Claes Hinrix erkend als de naaste erfgenaam; dus heeft hij zich naar landrecht en op verzoek van appellant in 't bezit gesteld en kan hij er niet op een achterbaksch request uitgezet worden.

Appellaat verzoekt confirmatie. Hij zegt: ik heb enkel uit beleefdheid aan appellant kennis gegeven van 't overlijden en hem tot de „uittigst" verzocht, doch niet om zich als naaste erfgenaam in posses te stellen noch om bij mij te komen wonen, maar toen appellant zichzelf in posses zette en met zachte woorden niet te verwijderen bleek, moest er wel de hulp van 't gericht worden ingeroepen.

Eppe Ewolts, in qlté, als diacon van Leens, verzoekt bij deze procedure ongepraedjudicieerd te blijven.

De sententie a qua wordt geconfirmeerd en Eppe Ewolts q. q. ongepraedjudicieerd verklaard.

(Over de gebruiken bij begrafenissen, „utigsten", zie men Wumkes, De Geref. kerk in de Ommelanden, etc., hoofdstuk III. Wat de juridische quaestie, in deze sententie behandeld, betreft: In het Ommelander Landrecht vindt men hieromtrent geen bepaling; duidelijk is dat de weduwnaar hier als boedelhouder gelijk krijgt en dat het zich zonder vorm van proces in 't bezit stellen der erfenis hier als ongeoorloofd wordt verklaard en deswege de boedelhouder het recht krijgt den indringer met den sterken arm er uit te zetten. De bewering van ged. dat hij op verzoek des

weduwnaars bij dezen was komen wonen, zal als onbewezen, of als niet ter zake dienende, ter zijde zijn gesteld.)

14. *Ommel. 6 Dec. 1760. Verworpen wordt de exceptie van een erfgenaam naar de wet, dat hij enkel uit piëteit zich met den boedel der overledene had bemoeid; in zijn verrichtingen worden klaarblijkelijk daden van aanvaarding gezien.*

M. B. Wolda, imp., tegen Daniel Onno de Hertoge, heer van Feringa, in qlté, ged., om met den imp. ten overstaan der heeren gecommiteerden van het Westerkwartier te zullen vereffen en zoodanige pretenties als imp. heeft. Op instantie van ged. heeft imp. nader verklaard, dat hij den ged. aansprak: *a)* als administreerende de kerk- en pastoriegoederen van Lutjegast en *b)* „als sijn de nagelaten boedel van wijlen desselfs zuster, freulin Geertruda de Hertoge, hebbende onderwonden”, waarop ged. heeft berust in de confirmatie van het mandaat in zijn qualiteit sub *a* vermeld, doch voor zoover *b* betreft heeft opgeworpen de exceptio disqualificatoria passiva, omdat hij enkel uit pieteit en plichtshalve zijn overleden voormelde halfzuster te Noordlaren „ordentelijk en fatsoenlijk” heeft doen begraven en den koopman Hofman heeft opgedragen voor ’t doodslinnen, etc., te zorgen, zonder dat hij zich verder den boedel heeft „bekreund” of daarmede „gemeleert”; beroept zich wijders op de „verklaringe van juffrouw Pierius, wedue Warendorp”.

Imp. zegt hiertegen dat ged. niet enkel de funeralia heeft bezorgd, maar zonder gerechtelijke machtiging zich den boedel heeft onderwonden, door een kabinet, bed en koets te laten verkoopen (beroep op Voet en Grotius, *Inl.*).

„Met wijderen partijen dispuiten gehoord, hebben de H. Hren Lt. en Hoofdmannen de ingewante exceptio disqual. pass. gerejecteert.”

(„Tot wat tijden yemant sick uytgeeft ende holdet als een erfgenaem eens verstorven mensche, vermiddels dat hij de erffnisse antast, sal hij moeten verantwoorden ende voldoen voor alle desselven sijne schulden ende lasten”, zegt Ommel. landr., III, 79. Het Old. landr., III, 58, zegt dat de erfgenaam, die zich de erfenis „bekroenet” heeft, gehouden is de schulden te betalen. Het Selwerder Landrecht, geldend voor de plaats van het sterfhuis van deze freule de Hertoge, n.l. Noordlaren, in het Gorecht of

Selwerd, bevat geen bepaling omtrent dit punt. Men zie verder D. XI, 7, 14,8; XXIX, 2, 20, pr. et § 1; op welke teksten gedaagde-excipient kennelijk doelt in zijn verweer.)

15. Ommel. 19 Jan. 1756. *De erfgenamen van den hertog Ripperda hadden land, uit diens boedel afkomstig, onder zich. Zij ontkennen den boedel des hertogs te hebben aanvaard en beweren dit land van den hertog te hebben gekocht. De tegen hem ingestelde eisch tot betaling van schulden des hertogs wordt niet ontvanke-lijk verklaard.*

R. en G. Ulerama, q. q., imp., optredende voor den baron H. W. Ripperda, als erfgenaam van zijn vader Ludolf Luurt R., tegen de erfgenamen van wijlen den hertog J. W. Ripperda.

Gedaagden werpen op de exceptio disqualificatoria passiva, de hertog R. had van de moeder van impetranten 400 gl. genegotieerd, doch was veel buitenslands en had aan Guidon de administratie van zijn goed opgedragen, en noch L. L. (de zoon van den hertog), noch mevrouw d'Argarmossa, de dochter, had „sigh met de boedel” van den hertog J. W. „bekreunt”; ook had de hertog in 1732 al zijn goed in de provincie aan zijn kinderen getransporteerd en dus kregen zij die goederen titulo oneroso en niet titulo hereditario (Ommel. landr., III, 79, 80) en derhalve konden zij niet als erfgenamen van hun vader worden aangesproken.

Imp. zeggen: de hertog en zijn vrouw Alida Schellingwou hebben dit kapitaal van onze grootmoeder opgenomen; de hertog was steeds buitenlands en zoo betaalde J. Guidon voorheen de de renten tot 1729, na lang wanbetalen, en in 1733 betaalde de zoon L. L. baron van R. 3 jaren rente en ook in 1736 nog iets. In 1746 is 't kapitaal aan Guidon opgezegd. Nooit is bekend gemaakt, dat de erfgenamen van den hertog den boedel hadden verworpen, L. L. v. R. heeft land verhuurd en dus zich als erfgenaam gedragen. De boedel des vaders gaat naar hedend. recht „sponte et ipso jure” over „sonder enige aditie”. Zie Voet, ad tit. de jure deliberandi et ad. tit. de liberis et posthumis, en Huber, v. Erfenissen, lib. II. Nu heeft L. L. v. R. deze rente betaald en zich als erfgenaam gedragen (Ommel. landr., III, 80).

Ged. zeggen: wij hebben een verzegeling overgelegd, die onze

stelling (omtrent de overdracht in 1732) bewijst; wordt onze exceptie verworpen, dan zijn wij in de „luctueuse situatie”, dat wij alle schulden van den hertog zouden moeten betalen. Wij hebben 't beneficium abstinenciae; en zijn geen sui et necessarii heredes meer.

Met een aantekening uit uw boek kunt gij niet bewijzen, dat L. L. v. R. zich den boedel van zijn vader heeft „bekreunt”, en al had hij betaald, dan deed hij dat toch vóór 1738 niet als erfgenaam van den hertog, die immers in 1738 in Marocco is gestorven.

Imp. herhaalt zijn bewijsmiddelen, om aan te toonen dat L. L. Ripperda zijns vaders boedel wèl heeft „bekreunt en angetast”; bovendien zijn er goederen getransporteerd, die voor deze schuld met rente waren „verhypotheest”. Van bedoeld contract zijn creditoren niet verwittigd; het was een inter conjunctas personas; het is in fraudem creditorum opgericht; de erfgenamen hebben er evenwel nog rente van betaald, wat Roeleft Derx Ulersma in zijn boek heeft aangeteekend.

De exceptie wordt geademiteerd met compensatie van kosten.

(Dat: zich een erfenis „bekreunen” beteekent zich bemoeien met de erfenis, zich als erfgenaam gedragen, en dat er niet uit dit woord is af te leiden, dat het Oldambster landrecht en de andere landrechten zouden hebben het Rom. r. systeem van overgang eens boedels pas krachtens uitdrukkelijke daad van aanvaarding, trachtte ik te betoogen in mijn *Stadsmeierrecht*, p. 63, en in mijn *Beklemrecht en Stadsmeierrecht*, p. 128 e. v. De impetranten verdedigen hetzelfde standpunt; de gedaagden laten er zich niet over uit, doch beweren eenvoudig, dat zij geen daad van aanvaarding pleegden en dat het eenige feit, dat impetranten daarvoor aanvoeren, niet tot bewijs er van kan dienen, omdat zij niet als erfgenamen doch krachtens koop en levering dat vaderlijk goed onder zich hadden.)

16. Ommel. 27 Oct. 1753. *Een halve nicht (oomskind) des erflaters wil dat haar ten possessoir summair zal worden toegewezen haar erfportie. De gedaagden, volle neven en nichten, spreken haar erfrecht tegen en beweren dat hun alleen de erfenis toekomt en krijgen gelijk.*

Anje Hindrik, in qlté, impetrante, tegen Harm Derx en con-

sorten, nom. uxoris, in qlté, etc., gedaagden, om te moeten gedoogen, dat der impetrant voor haar erfportie ten possessoir summar zullen worden toegewezen de goederen, door Claas Jochums „bij zijn dodelijk deces nagelaten” en die op de imp. mede zijn vererfd, of dat „bij confirmatie deses sulx in contumaciam werde geeffectueerd”. Imp. verzoekt confirmatie van ’t mandaat en voert aan, dat haar vader een halve oom was van den overleden Claas Jochums en de gedaagden volle nichten van dezen overledene waren, weshalve imp. in den vierden graad „half sibbe” en de gedaagden in denzelfden graad volle sibben waren van Claas Jochums; de quaestie is of imp. als representante van haar ouders niet met de gedaagden als even na tot deze erfenis moet „concurreren”; verwezen wordt naar „den beroemden schrijver van de Opiniones over het regt van representatie” en de „Anleydinge van de Gron. regtsgel.”, en beroep gedaan op de billijkheid; ’t recht van representatie zorgt er voor, dat ’t goed in de familie blijft; beroep wordt gedaan op ’t 3^e boek Ommel. landr., over de halve ooms concurreerende met volle neven, en Stadsconst., Erfenissen; tegen de huwelijkscontracten van impetrante’s ouders hebben de gedaagden zich niet verzet noch daartegen „bknupping” gedaan, hoewel gedaagden „besibt” zijn geweest; het jus repr. is niet tot de neerdalende lijn beperkt.

Ged., toegevende den graad van bloedverwantschap, zegt, dat Ommel. landr., III, 62, hier geldt, n.l. ’t naaste bloed erft ’t goed, en dat volle sibbe halve sibbe in denzelfden graad uitsluit; het jus repr., aan imp. bij huwelijkscontract der ouders gegeven, komt hier niet in aanmerking, noch naar gemeene rechten, noch naar statutaire wetten of ’t Ommel. landr.

Het mandaat wordt gecasseerd.

Terecht; de quaestie was zooals gedaagde ze stelde. Ommel. landr., III, 48—52, roept tot de erfenis de neergaande linie met representatie tot in ’t oneindige; art. 49 voegt er aan toe, dat de zoons met 2 handen toetasten, de dochters met één. Artt. 53—56 regelen de vererving in opgaande tezamen met de zijlijn, voorzoover betreft broers en zusters; ook hier representatie. Artt. 57—61 regelen de vererving op broers en zusters *van den erflater*, van heelen en halven bedde; met representatie. Impe-

trante in dit geding ziet klaarblijkelijk over 't hoofd, dat als er sprake is van broers en zusters en representatie, bedoeld zijn broers en zusters *des erflaters*, dus niet oomskinderen, in dier voege ook te lezen art. 60, door hem bedoeld. In art. 62 staat: Als „de voorbenoembde personen” ontbreken, geldt de regel: „dat naeste bloed ontvangt des doden goed bij mannenhoofden”, m. a. w. zonder representatie, „wilverstaende, dat volle sibbe half sibbe in gelijken graed uytsluit” (dit was hier 't geval; men had hier halfoomskinderen en volle ooms- (of tante's-) kinderen. Wat betreft 't recht van representatie, aan impetrant door diens ouders gegeven, terecht zegt hieromtrent ged., dat dit hier niet in aanmerking komt; dat was een regeling van erfrecht der kinderen (*substitutio pupillaris*) in de nalatenschap van deze ouders, niet in die van dezen erflater, Claas Jochums.

17. Ommel. 20 Nov. 1738. Boedelscheiding; bewindvoerder; testamentaire onterving van een kind.

Pastor Joh. van Diemen, nom. uxoris, in qlté, imp. tegen E. O. T. van Starkenborgh, in qlté, en cons., ged., „om te moeten gedogen, dat imp., nom. ux., „ten possessor summair pro quota hereditaria mede geregtigt werde verklaart ende geadjudiceert den boedel”, van wijlen mevr. Anna Habina van Starkenborgh, geboren Lewe, op desselfs dodelijk deces nagelaten”, en ged. dus zou moeten „supersederen” met scheiding en deeling, verkoop van „meubile” en „inmeubile” goederen, en 't gebeurde te brengen in statu quo; bij gebreke daarvan te gedoogen provisie als naar rechte, tot nadere verklaring, bij „geweltstraffe”.

Impetrante verzocht confirmatie van haar mandaat op grond van haar erfrecht als kind, te meer daar was afgesproken ten sterfhuize alles zes weken in statu quo te laten; desniettemin was ged., zonder imp. kennis te geven, aan 't verkoopen gegaan, imp. zelfs door „wedman en bysejagers” afwerende, en zulks op grond van een testament, waarbij imp. zou onterfd zijn, maar dit testament kan volgens landrecht niet bestaan en was nog niet valabel verklaard; imp. presenteert nog voortgang van den verkoop te willen gedoogen voorbehoudens haar recht op de penningen.

Ged. voeren aan, dat de koopers de goederen al mee hadden en dat die verkooping behoorlijk was bekend gemaakt; de inhibitie

had vóór den verkoop moeten geschieden. Aan imp. was 't testament voorgelezen, ja, zij had de stoutheid gehad het uit handen van den redger Cleveringa te rukken en te verscheuren, en dit alles was na verloop van de 6 weken voorgevallen; de aangestelde administrator was voor imp. bij alles tegenwoordig geweest.

De zaak wordt gewezen naar de heeren van 't kwartier, voorbehoudens der partijen recht ten opzichte van het posses summair.

(Van 23 April 1739 wordt genoteerd een tot stand gekomen voorloopige schikking tot dat over de geldigheid v. h. testament zal zijn beslist. Ik heb verder over deze zaak niets gevonden. De heer en mevrouw van Starkenborgh-Lewe hadden dus hun dochter, die met den predikant van Diemen was getrouwd, welke mésalliance zeker den ouders niet welgevallig was geweest, ontferd. Welke de reden dier onterving was, wordt niet vermeld. Ommel. landr. III, 41, zegt dat onterving van rechte erfgenamen alleen mocht om werkelijke groote oorzaken en zal hiermede wel Nov. 115, c. 3, op 't oog gehad hebben. Misschien bestond de werkelijk groote oorzaak alleen in deze mésalliance. Het stoutmoedig optreden van de freule tegen den redger Cleveringa kan doen vermoeden, dat er nog andere waren.)

18. *Ommel. 8 Nov. 1775. Niet tijdig „beknuppen” van huwelijksvoorwaarden ontnemt de familieleden van een der echtgenooten later alle recht, om tegen den inhoud er van op te komen, ook al zijn er bepalingen in opgenomen in strijd met de landrechtelijke regelen van vererving van aangeërfde goederen.*

Martje Waalkes, voor zich, Waalke Jans, Abel Tonnis, nom. ux., als erfgenamen hunner moeder Jantje Waalkes, etc. etc., tezamen erfgenamen van wijlen Aylke Waalkes, impetranten en appellanten, contra Stijntje Geerts, wed. Aylke Waalkes, als „boedelhoudster van haar overleden ehemans goederen”, appellate eener sententie, door den richter van Zuidwolde 28 Juni 1774 gewezen, waarbij waren toegewezen de „exceptiën disqualificatoria activa en passiva vi pactorum dotalium” tegen den eisch van appellanten, om staat en inventaris van haar overleden mans nalatenschap te moeten overleveren, naardien deze op appellanten was vererfd.

Appellanten voerden aan, dat het huwelijkscontract van 26 Juli 1750 tusschen appellate en haar overleden man Aylke Waalkes

in strijd met de wet was, omdat er gemeenschap van aangeërfde goederen was bepaald en voorts bedongen, dat als de bruidegom vóór de bruid kinderloos kwam te sterven, de bruid alles zou hebben. Bij de „oprigtinge” van het huwel. contr. was niet voldaan aan de vereischten, de naaste vrienden waren n.l. niet er over geroepen (Ommel. landr., III, 9), slechts Harm Eybes, die vreemd was en geen belang er bij had; dit nu liet de wet slechts toe als de familieleden „waren uitgebleven”; bovendien er moesten meer dan 1 geroepen zijn, de wet spreekt in 't meervoud van „vrome luiden”; zie ook Stadsconst., Huw. voorw., 18, 19; Old. Landr., IV, 22; Selw. Landr., III, 6; Schrassert, Obs., 242, nrs 2, 3, 4; de bloedverwanten van den kant van den bruidegom waren er niet eens bij geroepen.

Appellate betoogt hiertegen: het huwelijkscontract bestaat al over 24 jaar, daarin werd alleen zij, appellate, erfgenaam verklaard; dit huwel. contr. moet stand houden, nu het niet binnen 1 jaar en 6 weken is „beknupt”, weshalve appellanten geacht moeten worden er in berust te hebben; ignorant er van waren ze niet; Harm Eybes, die van bruidegoms zijde compareerde, heeft hun terstond er na den inhoud bekend gemaakt; de bruidegom, destijds een schoenmakersknecht, had niets; de bruid was een gegoede weduwe met een kind, uit 't 1^e huwelijk; de man is zooveel mogelijk bevoordeeld; ware de vrouw 't eerst komen te overlijden, dan was het voordeel aan de zijde van appellanten geweest; in elk geval is 't nu te laat (Ommel. landr., III, 10); aan art. 11 van Ommel. Landr., III, was ook voldaan.

De sententie wordt geconfirmeerd.

Deze zaak is duidelijk; in beide instantiën is er juist gevonisd. Een bemiddelde weduwe, Stijntje Geerts, trouwt met een armen schoenmakersknecht op huwelijksvoorwaarden. Bij het opmaken van huwelijksvoorwaarden moesten wederzijdsche bloedverwanten tegenwoordig zijn; er werd over familiegoed beslist, d. w. z. aangeërfd familiegoed (zie Ommel. Landr., III, 17, 41, 49), dat dus op de bloedverwanten kon vererven te eeniger tijd, als 't huwelijk, dat gesloten stond te worden, kinderloos bleef. Begrijpelijk dat bij deze comparitie de familie van den knecht nagenoeg compleet wegbleef; er zal weinig familiegoed geweest zijn en de knecht

deed een goede partij; bleef 't huwelijk kinderloos, dan kon dit zijn familie ten voordeel strekken als hij 't langst leefde. Tegen den inhoud van het huwelijkscontract konden de bloedverwanten binnen 1 jaar en 6 weken nadat het hun bekend was geworden, in rechte opkomen (het z.g. „beknuppen” of „straffen” der huw. voorw., Ommel. landr., III, 10); ook dit was hier van de zijde der familie van den bruidegom niet geschied. Dat er gemeenschap ook van aangeërfde goederen (familiegoed) was bedongen kon voor de familieleden des bruidegoms alleen dan reden tot „straffen” of „beknuppen” opleveren, als de man zulk goed had aangebracht ten huwelijk, maar ze deden het niet binnen den termijn. We zien dat ook in dit geval testamentaire bepalingen in het huwel. contr. waren opgenomen. Hier had de bruidegom de bruid tot erfgenaam ingesteld ingeval van kinderloos overlijden. Ware de vrouw eerst gestorven, 't voordeel zou aan de zijde van de familie van den man zijn, al mag worden aangenomen, dat de bruid niet *al* haar vermogen aan den bruidegom had vermaakt. Dit kon al niet met 't oog op het voorkind. Nu de man 't eerst stierf, ontging al het goed van dezen gewezen schoenmakersknecht zijn familie. Dit geval was klaarblijkelijk als een casus non dabilis — de knecht zal vele jaren jonger geweest zijn dan de weduwe — niet onder oogen gezien. Maar dan had men 't maar onder oogen moeten zien en tot „beknupping” zijn toevlucht moeten nemen. Voor een eisch tot overlevering van staat en inventaris des boedels van den overleden man, ingesteld door diens bloedverwanten tegen de universeele erfgename, de vrouw, was mitsdien geen plaats.

19. *Stad. 17 Jan. 1765. Proces tot inleiding in het sterfhuis. De inleiding geweigerd. Kan bij een later testament de langstlevende echtgenoot afwijken van de bepalingen van het door haar en haar man gemaakt mutueel testament?*

Rudolph Jans en cons., in qlté, appellanten, contra Berent van Ham, nom. uxoris, in qlté, appellaat, van een sententie van Burgemeesteren en Raad van Groningen van 1 April 1761, waarbij was gecasseerd de insinuatie van appellanten, dat geïnsinueerde moet gedoogen, dat insinuanten werden „geimmitteert” in den boedel van wijlen Gesina Benten, die wegens mutueel testament van haar en haar man op de wederzijdsche naaste erven was „gedevolveert”.

Appellanten voerden aan, dat Harm Jurriens en Gesina Benten in 1731 in Delfzijl trouwden op de wet en geen ander dan aangewonnen goed aanbrachten en op 28 Dec. van dat jaar mutueel testament maakten, krachtens hetwelk bij kinderloos overlijden van een van beiden de langstlevende alles zou houden en dat als dan de langstlevende ook stierf, kinderloos, de wederzijdsche „vrienden” half ende half zouden erven. Hier zijn 4 kinderen geweest van dit huwelijk; 2 stierven vóór beide ouders; na doode van den vader stierf nog een zoon en deze maakte alles aan moeder en broer; vervolgens stierf het laatste kind, intestatus, en alles kwam aan de moeder en nu is de moeder ook dood en moeten dus al haar goederen half aan haar man's en half aan haar familie komen.

Appellaat zegt: In 1759 heeft de testatrice mijn vrouw tot universeel erfgename ingesteld en daartoe had zij bevoegdheid, omdat de casuspositie van 't mutueel testament (beide echtgenooten kinderloos overleden) zich niet heeft voorgedaan.

De sententie wordt geconfirmeerd.

In het stadsrecht en de landrechten van omliggende streken was niet geregeld in hoever mutueele testamenten herroepen konden worden. Misschien is bij de beslissing in dit geding het niet aan de beantwoording dezer vraag toegekomen, als men n.l. van oordeel is geweest, dat 't geval, waarvoor de erfstelling gold, zich niet heeft voorgedaan (zooals appellaat beweerde; zie hierboven). Over de evenbedoelde vraag zie men: Bort, Obs. et Adv. (Nagelaten Werken van P. Bort, p. 225); Holl. cons., II, n°. 275 en n°. 311; IV, n°. 219 en vooral Boel op Loenius, ad. cas. 137; voorts: Strubberg, Overijs. Adviesb., I, n°. 20, p. 332 en II, n°. 32, p. 65.

20. Ommel. 24 Nov. 1756. Retourbeding bij huwelijkscontract.
Verhouding van huwelijkscontract en later testament ten aanzien van bevoordeeling van derden.

Pieter Tonnis en cons., in qual., en later diens kinderen, na zijn overlijden dit proces weder opgevat hebbende, impetranten, contra Wildrik Pieters, nom. uxoris, in qlté, en later zijn vrouw, na zijn overlijden, en Harm Daniels, nom ux., als erfgenamen van Jan Jacobs.

Imp. vorderen, dat hun ten possessor summair worden gead-

judiceerd de erfgoederen, die Jan Jacobs van zijn moeder waren aangeërfd en die volgens recht van retour waren gedevolveerd op de impetranten. In 1739 was Jan Jacobs overleden; de impetranten waren zijn naaste bloedverwanten (in den 4^{en} graad) van moeders kant; bij huwelijkscontract van 27 Dec. 1682 van de ouders van Jan Jacobs was bedongen, dat alle goederen zouden retourneren aan bruids zijde; de bruidegom toch had niets en was knecht geweest bij de ouders der bruid; het huwelijk was tegen den zin der ouders van de bruid gesloten; er was algeheele ongemeenschap; zelfs was er retour bedongen als er kinderen kwamen uit dit huwelijk en deze stierven; en dit geval deed zich hier nu voor. Nu had gedaagde, een halfzusters dochter van vaders kant, zich in 't bezit der nalatenschap gesteld; 6 Juli 1686 hadden de echtgenooten 't huwelijkscontract herroepen, maar dit kon niet (zie Voet ad tit. de pact. dotal., 33, 4, num. 59), zeker niet hier, waar alle successies, bij huwel. contract geregeld, zelfs vóór de testamentaire gingen; wel was hier 't huwelijkscontract zoek, doch uit de woorden van die acte van 1686 bleek wèl wat er in had gestaan; in obscuris mocht met zulk bewijs genoeg worden genomen (Ommel. landr., II, 56).

Ged. voert hiertegen aan: Jan Jacobs was mijn halve oom en niemand is hem nader; naar landrecht en volgens testament ben ik zijn universeele erfgenaam; impetranten bewezen noch hun sibtal noch het pretense retour; naar Ommel. landr., III, 45, incumbeerde op hen toch 't bewijs. En al bestond 't huwelijkscontract, van den inhoud zooals impetranten zeggen, dan nog kon 't alleen gelden als 't kind minderjarig was overleden, doch niet zooals hier, nu het kind (Jan Jacobs, de erflater) meerderjarig was geworden, anders zou op deze wijze een fidei-commis zijn geschapen bij huwelijkscontract en zou Jan Jacobs het recht benomen zijn over zijn goed te disponeeren (zie Schomaker, cons. 27, art. 4, en cons. 36; Voet, de pact. doct., 33, 4, n^o. 66); nu 't huwelijkscontract niet is gevonden, moet deze successie naar landrecht gaan (Ommel. landr., III, 14).

Het mandaat wordt gecasseerd met compensatie van kosten.

Jan Jacobs, mag men aannemen, was overleden zonder testament gemaakt te hebben. Hij had bij testament, na zijn meer-

derjarigheid gemaakt, de beschikking van het huwelijkscontract zijner ouders nopens het retour, te niet kunnen doen. Indien de vraag, die te beslissen viel, was: is hier retour bedongen, dan zal de gegeven beslissing op deze gronden zijn gebaseerd: 't Huwelijkscontract was en bleef zoek en 't bestaan en den inhoud er van heeft men niet bewezen en dus vererft deze boedel naar landrecht. Maar de ouders van Jan Jacobs hadden zelf de testamentaire bepalingen van 't huwelijkscontract nopens het retour herroepen bij een later testament; nu zeggen impetranten wel dat het niet kan, maar de Hoofdmannenkamer zal er wel anders over gedacht hebben en dan was daarmee die heele bepaling van 't retour verdwenen en was gedaagde, de naaste erfgenaam in den bloede, tot de erfenis gerechtigd. Zie over de herroepelijkheid bij testament van dergelijke bevoordeeling van derden in een huwelijkscontract: v. Leeuwen, R. H. R., IV, 24, 11; Neostadius, De pactis anten., nos. 2 en 3: v. Nispen, Holl. Practyk, 1655, p. 258, 264, Holl. cons., III (Rotterd. deel), n°. 185. Het in deze consultatie (van H. de Groot) behandeld geval was, zij het in voornamere kringen, dezelfde casuspositie als hier: de ouders van de vermogende bruid, die het huwelijk liever niet gezien hadden, waren de auteurs van de bepaling van het huwel. contract nopens de vererving. De *onderdanige bruidegom en bruid* herriepen als *zelfstandige echtgenooten* die bepaling.

21. Stad. 7 Juni 1742. Beding van retour in huwelijkscontract.

De gesworen Trip c.s., als diaconen, in ql., impetranten, contra Garbrant Aapkens en cons., in ql., ged., om te moeten gedoogen, dat de imp. ten possessoir summair gerechtigd worden verklaard wegens hun erfportie in den boedel van Jan Elderkamp. Deze was zonder kinderen gestorven; imp. komen op voor een vrouw, onder de diaconie in de stad zijnde; gedaagden erkennen die vrouw niet en hebben de goederen van Jan Elderkamp aanvaard. Bij huwelijkscontract van 1705 van den vader, genaamd Geert Elderkamp, en in het huwelijkscontract van zijn zoon Jan Elderkamp van 1730, is *retour* bedongen van vader's goed aan vader's zijde en van moeder's goed aan moeder's zijde. Die door de diaconie onderhouden vrouw heeft Jan Elderkamp in den 5^{en} graad bestaan en is de naaste bloedverwant van vaders zijde.

Gedaagden vragen cassatie van het mandaat; zij zijn volle oom en moei van den overledene, en dus bestonden hem in den 3en graad; hebben de erfenis dus aangetast. In 't huwel.contract van Geert E. wordt als conditie voor 't retour gesteld, dat er kinderen „nableven”, die vóór den langstlevende der echtgen. sterven. Nu liet Geert een zoon na en deze (Jan E.) trouwde 2 maal; dus zijn nu niet de pacta familiae, doch is art. 12 der Stadsconst. op huwel. voorw. toepasselijk. 't Huwel.contract van J. E. stelt als voorwaarde, dat bruid of bruidegom kinderloos overlijdt, wat niet heeft „geexteert”.

Het mandaat wordt gecasseerd.

(Zooals onder n°. 10 is meegedeeld, erfde bij een voormalig beërfd huwelijk de man van de vrouw en andersom, met uitsluiting dus van de familieleden van den of de eerst overleden echtgenoot of echtgenote. Om dit te voorkomen was hier bij huwelijkscontract retour bedongen, m. a. w. dat het goed wèl zou vererven op ieders familie, doch slechts voor het bepaalde geval, dat de kinderen des erflaters zouden zijn vóór hem overleden. Nu zich dit geval niet had voorgedaan, kon ook op retour geen beroep worden gedaan. Het geciteerd artikel 12 luidt: „wat in houwelijx voorwaarden niet uitdrukkelijk bedongen is, blijft onder de gemeenschap der goederen, ende sal na stadsrecht ende dese ordonnantie, op 't stuck van erffnisse, gericht worden”. Nu 't retour verviel, waren naar de Stadsconstitutie, van erfennissen, art. 53, de gedaagden, als ooms en tantes de erfgenamen en niet de bloedverwant in den 5en graad, voor wien impetranten opkwamen).

22. Old. 29 Nov. 1757. Retour. Een zonder testament overleden minderjarige in het Oldambt liet na een oom van moederszijde en een halfbroer van vaders zijde. Deze wilde de geheele erfenis alleen hebben. Beslist wordt, dat het van moeders kant des erflaters gekomene moet vererven op den oom.

P. Waarsuma, in ql., app., tegen G. L. Scheltes, in ql., appellaat, van een sententie van B. en R. van Groningen, d.d. 1 Febr. 1754, bevestigende een sententie van den drost v. h. Oldambt van 23 Nov. 1751, waarbij gecasseerd was appellant's mandaat, om

te hebben inventaris van de goederen, door wijlen Hajo Scheltes op zijn „dodelijk deces” nagelaten, in zoover diens goederen waren gekomen van de zijde van de moeder van den overledene, die de zuster van impetrant was.

Appellant voert aan: Deze Hajo Scheltes stierf, minderjarig, kort na zijn moeder; hij liet na als erfgenamen een oom van moeders zijde, den appellant, en een halfbroer (van vaders zij); naar Old. landr., III, 89, moest dus 't goed van moederszijde op appellant vererven; in 84—88 wordt de eerste ordo successio bepaald, n.l. als er descendentes of volle broers en zusters zijn; in 89 komt de tweede ordo succ.; 't 3^o boek, Ommel. landr., art. 60, statueert ook: *paterna paternis, materna maternis*.

Appellaat beroept zich op Old. landr., III, 86 en 88; in 83—87 gaat 't om personen, in 89 om graden; sedert 1734 besliste 't Raadhuis in zijn geest.

Appellaat beweert weer dat 't niet aangaat halve broers onder volle te begrijpen; dat 't Raadhuis sinds 1734 zoo besliste, was een fout; de letter van art. 89 was klaar en geheel conform schependomsrecht; niets vererft naar de onbestorven zijde en dit kind had alles van de moeder; dit recht van retour is ook conform Westerwolder landrecht, 36, 38; Ommel. landr., III, 60, Oostfr. landr., II, 133, 117.

Appellaat zegt nog: volle en halfbroers staan gelijk volgens Old. landr.; dit hoefde in art. 89 niet herhaald te worden, omdat 't in de vorige al was gezegd.

De sententie wordt gereformeerd.

De appellant, de oom van moeders kant, kreeg dus gelijk; er werd dus beslist, dat er retour plaats had en toegepast moest worden de regel: *paterna paternis, materna maternis*. Dit is dus een ander retour dan dat van de 2 vorige gevallen. Den 19^{en} November 1734 beslisten Burgemeesteren en Raad in Groningen („het Raadhuis”) anders en wel in hoogste instantie. Immers de zaken der stad en der stadsjurisdictiën zijn pas na het Reglement Reformatoir van 1749 en na de verandering van de Hoofdmannenkamer in een Hof van Justitie voor de geheele provincie, bij dit Hof in hoogsten aanleg gekomen. Doch 9 Nov. 1653 en 4 Mei 1655 besliste het „Raadhuis” anders dan in 1734.

Hierover kan men raadplegen de *dissertatio juridica inauguralis de jure succedendi quod Oldambtini retour vocant*, te Groningen in 1766 verdedigd door Petrus Forsten, Oldambtinus. Deze heeft voor de sententie van 2 Nov. 1757 niets dan woorden van lof. En terecht m. i., want als men het recht van retour (paterna paternis, enz.) pas na de vererving op halfbroers laat toepassen, snijdt men de toepasselijkheid van dezen regel in de meerderheid van de gevallen af en houdt men 't goed juist niet in de familie. Forsten zegt terecht: men komt dan in strijd met den hoofdregel van nakoop, neergelegd in Old. landr. IV, art. 95, welk artikel zonder uitzondering slechts nakoop toekent aan de bloedverwanten van de zijde, waaruit 't goed, dat genaast wordt, kwam. Bovendien, zegt F. — andermaal terecht — komt men dan in strijd met art. 69 van boek III, dat verbiedt familiegoed bij testament te vermaken of in vruchtgebruik te geven. De beslissing van „het Raadhuis” in 1734 heeft uitgewerkt, volgens Forsten, dat de Oldambsters in hun huwelijkscontracten uitdrukkelijk het recht van retour bedongen ten nadeele van halfbroers en halfzusters.

Laman, door Forsten bestreden, heeft in de *Anleiding tot de eerste beginselen der Groninger regtskennis* een *Nadere Bedenking*, n°. 11, aan het retour van 't Oldambster Landrecht gewijd. Hij zegt: het retour is uitzondering, die niet werkt als er van den erflater nog halfbroer of halfzuster of derzelver kinderen zijn, en eerst in werking treedt wanneer de erflater „alleen ooms of moeyen en vrienden in de vierde, vijfde of verdere graden nalaat”. Hij beroept zich dan op de volgorde van de artikelen van het landrecht en vooral ook op artt. 86 en 87, waar de halfbroer en halfzuster en hun kinderen voor ooms en tantes gaan. Laman's argument nopens de volgorde der artikelen en zijn beroep op artt. 86 en 87 is m. i. daarom van minder gewicht, omdat het bestaanbaar is met den regel van art. 89 omtrent het retour en bovendien in art. 89 wordt gezegd, dat 't retour werkt zoodra er geen volle broers of zusters of derzelver kinderen zijn. Wat Laman verder aanvoert, n.l. dat de regeling van het Old. landr. is overeenkomstig 't Rom. recht, zegt niets, want, al moet worden erkend dat het Old. Landrecht veel Romeinsch recht bevat, de regeling van het erfrecht bij versterf was zoo niet overal ten volle, dan

toch gemeenlijk een materie, die vrij van Rom. rechterlijken invloed is gebleven. Krachtiger argument voor zijn stelling zou zijn, als hij had kunnen aantonen, dat het erfrecht der naburige, en speciaal dat der oud-Friesche landschappen, overeenstemde met het door hem voor 't Oldambt aanvaarde stelsel. Ik zal dit kort nagaan, beginnende bij het z.g. Bellingwolder of oud-Oldambster landrecht, den voorlooper van het latere Old. landr. van 1687. (Vgl. het in de vorige aflevering bij n^o. 7, p. 444, opgemerkte.) In 't 2^e boek, art. 24 (P. E. J. P., VI, p. 689, staat: „Die vul sibbe overvanget die halff sibbe in den live” (bij weergeld) „unde oeck in de arffenisse, het en sij dan dat die ander sibber sij”. Dus een half sibbe in naderen graad sloot den vol sibbe in verderen graad uit. Dit is 't stelsel, dat de Hoofdmannenkamer in 1734 als nog in 't Oldambt onder 't landrecht van 1618 geldend aannam. De costumen van 1571 (P. E. J. P., VI, p. 707 e. v.) erkennen den regel van 't schependomsrecht, *paterna paternis*, enz., m. a. w. het retour, zoo algemeen mogelijk in art. 12 (p. 711): „Een kind en arvet sijns vaders guet nicht op sijn moeder, noch sijn bloedvrunden van die moeders sijt, oock sijn moeders guet nicht op sijn vader noch op die bloedesvrunden van des vaders sijt, sunder arvet sijn guet *in de sibbeste hant des geslachts daer 't van uytgecomen is.*” Dit is de regeling, die in tijd en plaats het dichtst bij het Old. landr. van 1618 komt en ze is beslist in 't voordeel van de meening van Forsten en van de Hoofdmannenkamer uit de 17^e eeuw en de 2^e helft der 18^e eeuw. Mij dunkt hiermee is de quaestie al beslist. Naar het Ommel. landr. van 1601, art. 60, zou m. i. in dit Oldambster geval de halfbroer alles gekregen hebben; alleen als hij erfde met halfbroers en halfzusters werd er op de herkomst gelet; in verdere graden ontving het naaste bloed des dooden goed, en ging half sibbe in naderen graad voor vol sibbe in verderen graad (implicite art. 62). In 't Oostfriesche landrecht sloot de volle broer den halfbroer uit. Dit is niet in strijd met den regel *paterna paternis*, die er in dit landschap gold (II, 112—124). Ik zou ver buiten 't bestek van dit opstel gaan, als het onderzoek nog werd voortgezet aan de hand der oudere rechtsbronnen van al de Friesche landschappen, met vermelding der bewijsplaatsen, doch zal mij er toe bepalen mee te deelen, dat over 't algemeen uit de oudere rechtsregels der

landschappen van de Groninger Ommelanden valt af te leiden, dat met toepassing van den regel: *'t naaste bloed erft het goed* de nadere half sibbe den verderen vol sibbe geheel uitsloot. Zoo Erfrecht Fiv. en Huns., § 15 (Richth., p. 325) en § 26 (Richth., p. 328); Erfrecht Humsterland, § 2 (Richth., p. 363), Erfrecht Langewold, § 9 (Richth., p. 374). Naar § 19 Erfr. H. en F. (Richth., p. 326) zouden oom en halfbroer gelijk op gedeeld hebben, oom is 2^e, broer 1^e graad, maar de halve sibbe wordt in de Friesche rechtsbronnen, ook in Drente, een graad achteruit gezet. Daarentegen had het landschap Vredewold een erfrechtssysteem, dat overeenkwam met dat van het Oldambt, althans met het systeem van 't Oldambt, zooals ik meen dat het is vervat in costumen van 1571 en het landrecht van 1608. In § 3 van het Vredewolder erfrecht (Richth., p. 381/382) treft men den regel van 't schependomsrecht aan, dat er niets komt van een die leeft, en dat bij overlijden van een kinderloozen erflater de langstlevende zijner ouders niets krijgt; in overeenstemming met dit systeem van „het goed gaat van waar 't kwam” is ook § 4 (p. 382, waarin o. m. uitkomt, dat er kloving plaats heeft en een oom van vaderskant met de neven en nichten van vaderskant slechts de vaderlijke goederen des erf-laters deelt); zie ook § 5 (p. 382), waar wordt gezegd, dat als een erflater nalaat een halfbroer of -zuster van vaders- of moederszijde, deze het goed van vaders- (moeders-) zijde krijgt en het goed van de andere zijde gaat naar de „sibbesten” van deze zijde.

Ik kom nu tenslotte nog even terug op de opmerking van Forsten, dat het door hem verdedigd stelsel ook strookt met de bepaling van Old. landr., IV, 95, betreffende nakoop. Voor die streken, waar gold „het naaste bloed erft het goed”, had de naaste bloedverwant het recht van nakoop van eenig onroerend goed, onverschillig of hij al of niet bloedverwant was van de zij van waar 't goed kwam, terwijl naar Old. landr., IV, 95, in aansluiting met het krachtens landrecht geldend retour, dit niet onverschillig was. Ten bewijze zie men tegenover elkaar Old. landrecht., IV, 95, en Ommel. landr., V, 12, en keuren van Humsterland, §§ 34 en 35 (Richth. p. 361). Ik laat ter zijde de willekeuren van den Opstalboom van 1323, die voor alle Friesche landen naastingsrecht toekenden aan het naaste bloed, zonder te letten op de herkomst van het land. Mij dunkt, deze bepaling mag daarom er buiten

gelaten worden, omdat men niet mag aannemen, dat deze algemeene wetten ooit algemeen en zeer zeker niet gedurende langen tijd algemeen gegolden hebben. Heck in zijn *Die Gemeinfreien der Karolingischen Volksrechten*, bl. 436, beweert, dat het voor naasting geen verschil maakte, of het land erfland dan wel koopland was. Voor het Oldambt, in later tijd althans, zal deze regel niet gegolden hebben met 't oog op Old. landr. IV, 95.

23. *Old. 25 Febr. 1771. Proces over de erfenis van wijlen Tietje Fockes. Erfgenamen in den 7^{en} graad van vaders kant vorderen op dat deel van den boedel van Tietje Fockes, dat afkomstig is van haar grootmoeder. Zij vorderen dat op van erfgenamen ook van vaderskant van de overledene, die haar in den 4^{en} graad bestaan, doch geen bloedverwanten van die grootmoeder. De eischers beroepen zich op recht van (sub)retour; gedaagden op retour. Subretour niet aanvaard door deze kamer.*

Coert Rigtes en cons., in qlté, en Cornelis Fockes nomine uxoris, in qlté, en cons., in qlté, hinc et inde appellanten en appellaten van een sententie van Burgemeesteren en Raad in Groningen, d.d. 19 Juni 1767, waarbij was gereformeerd een sententie van den drost van den Oldambte, d. d. 27 Oct. 1760.

De appellanten hadden in eersten aanleg, als impetranten, de appellaten als gedaagden, gedagvaard: „ten einde de gedaagden souden moeten gedogen, dat de impetranten werden toegekent alle sodaene goederen als wijlen Tetje Fockes van haar vader Focko Tammes waeren aangeerft, edogh alleen voor sooverre van Syben Elties, zijn moeder, waren heergekomen, en eventuali modo souden geblijken kragt retour aan de impetranten te behooren; bij faute van dien gedogen adjudicatie in contumaciam, salvo jure alio ac ulteriori”.

Appellanten zeggen: 't gaat hier over de goederen, die Tietje Fockes aanerfden van haar vader Focko Tammes en die deze had geërfd van zijn moeder Sijben Elties. Deze Sijben Elties was de eerste vrouw van Tamme Fockes, doch Tamme Fockes huwde in 2^{en} echt met Trijntje Reses; uit dit 2^e huwelijk stammen de appellaten, zoodat dus de appellaten geen recht hebben op de goederen, die in den boedel van Tetje Fockes zich bevinden, voor zoover ze komen van Syben Elties, maar dat deze goederen op

appellanten moeten devolveeren, die wèl tot de familie van Tetje Fockes behooren.

Appellaten werpen op de *exceptio disqualificatoria activa*, op grond dat zij in den vierden graad half sibbe en appellanten in den 7^{en} graad vol sibbe zijn van de overledene, en dat wel allen van vaders zijde en dus zij, appellaten, alleen erfgenamen zijn (Old. Landr., III, 88).

Appellanten doen beroep op art. 89 v. h. Old. landr., boek III; artt. 78—82 gaan over descendentes; art. 83 handelt over adscendentes; artt. 84—88 handelen over de collateralen; dan volgt art. 89, bepalende, dat als er geen descendentes of volle broers of zusters of broers- of zusterskinderen zijn, dat dan retour geldt; men vergelijk ook nog artt. 90 en 95. Zie ook het landrecht van 1427 en het beroemde landrecht v. h. Oldambt en het vijfde deel van Reiderland, van 1471, en vgl. Alting, *Dependentie v. de Old.*, p. 19, 20, en *Westerw. Landr.*, 35, 36, 37, en *Bellingw. Landr.*, II, 1, 2, 3. Sinds 1618 is altijd conform appellanten gevonnisd tot op 1702 toe en nu is later door Burgemeesteren en Raad wel eens anders gevonnisd, maar de Hooge Justitiekamer wees in onzen geest op 29 Nov. 1757 in zake *Waarsuma-Scheltes*.

Appellaten zeggen dat na den dood van Sybe Elties, haar man de 4 kinderen heeft uitgekocht en toen is hertrouwd met Trijntje Reses, uit welk 2^e huwelijk appellaten spruiten, wier grootouders deze echtelieden waren; Tietje Fockes, over wier erfenis 't hier gaat, was een nicht in den 4^{en} graad van appellaten (van vaders kant); er zijn ook nog zesde graads neven en nichten van haar, van moeders kant, en dus moet haar erfenis in 2 staken vervallen. Appellaten hebben zich in den boedel geïmmitteerd als zijnde van den vierden graad, doch hebben geen bezwaar er tegen gehad, om die neven en nichten van moeders kant en in den zesden graad, uit te koopen voor 4500 gl. Appellaten erkennen, dat appellanten in den 7^{en} graad volle bloedverwanten en zij zelf in den 4^{en} graad halve bloedverwanten zijn en meenen dat dus zij (appellaten) den voorrang hebben en de appellanten geheel uitsluiten; noch op grond van de huwelijksvoorwaarden van een der adscendentes van de overledene, noch op grond van de wet kunnen appellanten retour bewijzen; de bepalingen in de huw. voorw. omtrent retour zien op de gevallen van kinderloos overlijden;

alleen deze overledene sterft kinderloos en haar moederlijke verwanten zijn uitgekocht; Old. landr. 88 en 89 wil paterna paternis, materna maternis en onderscheidt niet verder in grootouderlijke en overgrootouderlijke goederen; welk een confusie zulk een subretour zou brengen, daarover zie Schrassert, cons. 8, nrs. 49—56, en Laman, *Anleidinge*, Nadere Bedenkingen, n°. 11; ook zou men in strijd komen met Old. Landr., III, 91, bepalende dat als er geen sibber gevonden worden dan den tienden graad inclus, de man op de vrouw erft. Zie ook artt. 60 en 89. Merkwaardig ook dat appellanten niet op subretour, doch op retour beroep doen; ook zien appellanten over 't hoofd 't verband tusschen art. 88 en art. 89 en eveneens art. 95; ook het Bellingwolder en Westwolder landrecht spreken van retour en niet van subretour.

De sententie van Burgemeesteren en Raad wordt geconfirmeerd (subretour dus verworpen).

Het betoog van appellaten komt dus hierop neer: Het ging hier niet zooals in 't vorig geval, over retour, maar over subretour. Vast stond dat de vader van de erflaatster de man was, van wien het deel in de erfenis, dat men opeischte, afkomstig was. Nu beriep men zich er wel is waar op, dat dit deel, dat opgeëischt werd, afkomstig was van diens moeder (de grootmoeder van de erflaatster), maar èn eischer èn gedaagden waren familie van den vader van de erflaatster en steunden daarop hun aanspraken. Nu geen der partijen waren descendente of volle broers- en zusterskinderen van de erflaatster, gold de regel: 't naaste bloed erft het goed (Old. land., III, 89 j°. 88; vgl. het aangeteekende bij de vorige sententie). Daarnevens moest het *paterna paternis, materna maternis*, m. a. w. het retour krachtens de wet (hetzelfde artikel 89) in acht genomen worden, maar dat geschiedde — ik resumeer nog altijd de opinie van appellaten — als gedaagden met uitsluiting van impetranten het deel der erfenis kregen, dat van den vader der erflaatster kwam. Als men wat van den vader gekomen was, nog verder in deelen ging leggen, al naar gelang van de herkomst, en het verder liet subretourneeren, was aan de verwarring geen einde. In dezen geest ook Laman in zijn bij de vorige sententie bedoelde *Nadere Bedenking*. Bij hem sluit zich wat het subretour betreft Forsten aan. Hij

voegt aan het slot van zijn geschrift er nog aan toe, dat men in art. 89 de woorden *aangeërfde goederen*, die moeten gaan naar de zijde, van welke ze gekomen zijn, niet moet opvatten in den zin van onroerende, want veelal zijn die niet meer in de familie, maar dat men er onder verstaan moet alle, zoowel roerende als onroerende, goederen der nalatenschap, die geacht mogen worden te komen van de vaderlijke of moederlijke zijde des erflaters. Oogenschijnlijk zou men zeggen, dat Forsten zich in de beteekenis van „aangeërfde goederen” vergist, en dat hier wel degelijk is bedoeld het onroerend familiegoed. Maar hij heeft gelijk, ook op dit punt. Vooreerst toch leest men in het reeds geciteerd art. 12 der Costumen van 1571 (den onmiddellijken voorlooper van art. 89), dat het *goed* erft in de „sibbeste hand” van ’t geslacht, waaruit ’t kwam. Er is hier geen sprake van aangeërfd goed. Bovendien vindt men de bepaling dat de familieheerd blijft bij den mansstam, d. w. z. bij de zoons van den erflater, in Old. landr., III, 80, dat parallel loopt met Ommel. landr., III, 49. Nu in Old. III, 89, „aangeërfde goederen” dus niet beteekent „onroerend familiegoed” maar vermogensdeel, moet nog worden beantwoord de vraag: hoe werd dat vermogensdeel berekend. Bekend is dat bij het schependomsrecht de fictie gold, dat van elke zijde evenveel was gekomen. (Pol. Ord. van 1580, art. 27.) Dit was daar volkomen logisch, omdat er als regel gold gemeenschap van goederen. Maar in het Oldambt was er gemeenschap van winst en verlies (Old. landr., IV, 28). De fictie van het schependomsrecht was hier niet zuiver, nu de twee vermogens van man en vrouw niet door ’t huwelijk tot één gemeenschappelijk samensmolten, en het uitzondering was en is dat 2 echtgenooten — als zij eenig vermogen hebben — precies of zelfs maar ongeveer even vermogend zijn. Elke andere fictie hieromtrent is echter even onzuiver. Naar het oud Old. landr., III, 17 (P. E. J. P., VI, p. 701) gold de fictie dat van mans zijde $\frac{2}{3}$ en van vrouwszijde $\frac{1}{3}$ was aangebracht. Immers dit artikel luidt: „Als daer ein arffenissee vervallen is up neven unde nichten, soe sullen die vaders vrenden hebben die twe deel arffenissee unde moeders vrenden de trymene”. In denzelfden geest Fiv. en Old. landr. (ed. Hetteema, p. 152), art. 16. In het landr. van 1618 vindt men geen aanwijzing, hoe men de quaestie moest oplossen.

Wat nu het subretour betreft: deze sententie is geweest na de verschijning van Forsten's dissertatie en in den geest van Laman's en Forsten's meening over subretour. Het in eersten aanleg geweest vonnis van den drost van het Wold-Oldambt, H. J. Veltman, d. d. 27 Oct. 1760, was Forsten bekend; hij zegt dat het was geweest geheel overeenkomstig vroegere sententiën en ook overeenkomstig het oud Old. landrecht. In 1702 beslisten Burge-meesteren en Raad van Groningen in hoogste instantie tot 2 keer toe, 25 April en 21 Nov., dat subretour niet gold in 't Oldambt; tot op dien tijd was de jurisprudentie in anderen zin. Bekend is dat de Politieke Ordonnantie van Holland in 1580 een limitatie in het subretour en de representatie van het schependomsrecht aanbracht; bij art. 28 dier Ordonnantie is het subretour beperkt tot de vier grootouders des erflaters (de vier vierendeelen), en wat de representatie betreft tot ooms- en moeienkinderen en tot broers- en zusterskindskinderen (de Groot, *Inl.*, II, 28, 18). Naar schependomsrecht zouden deze appellaten (dus bloedverwanten in den 4^{en} graad) dus niets gekregen hebben van het grootmoederlijk vierendeel van vaderskant des erflaters. Deze beperking in het oude schependomsrecht is natuurlijk aangebracht ter voorkoming van verwarring. Het Old. landr., III, 89, heeft elk subretour afgesneden volgens deze beslissing. Dat dit oud recht was, zooals Forsten beweert, is mij gebleken uit een turbe van 1469, vermeld in de dissertatie van A. P. Driessen, *De retractu*, Gron. 1772, p. 10/11, waar wordt gezegd, dat als de erfenis valt buiten de zes naaste handen, het naaste bloed in elke zijde resp. het vaders- en moedersgoed erft. Hier is de bekende oud Friesche rechtsregel van het 15^e (16^e) der 24 Landrechten gefatsoeneerd naar het schependomsrecht van het Oldambt. Er zijn in de oude Old. rechtsbronnen meer voorbeelden te vinden van dit fatsoeneeren van dezen regel.

RECTIFICACIÓN.

En el artículo titulado *Aportaciones para la historia de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680* que fué publicado en el Tomo IV, fascículo 3° de esta Revista se deslizó un error de consideración que aunque no afecta á lo esencial de las conclusiones sentadas en el trabajo, precisa rectificar. — Al hablar del proyecto de Recopilación de Ovando se decia: „Por otra parte la cultura jurídica demostrada por Ovando en su clásico libro *Gobierno del Perú* garantiza el acierto de su labor”; pues bien, esta obra que aqui se atribuye á Ovando no fué él quien la escribió, sino que su autor fué el Licenciado Matienzo.

El error resulta tanto más inexplicable cuanto que se trata de una obra muy conocida que el autor del trabajo ha tenido necesidad de utilizar repetidas veces para otras publicaciones llegando á insertar en una de ellas, la titulada *El Derecho de Familia y el Derecho de Sucesión en nuestra legislación de Indias* (Madrid 1921), unas Ordenanzas sobre bienes de difuntos transcritos del referido libro.

Importaban estas explicaciones para que el error — por el cual el autor del mencionado artículo pide rendidamente perdón á los lectores de la Revista — no pudiera ser atribuido á una ligereza indisciplinable por citar obras de memoria.

El retraso con que esta rectificación aparece, es debido á que el original de la Revista llegó muy tarde á poder del autor por encontrarse éste ausente de su Universidad practicando estudios en diversos centros extranjeros.

Oviedo.

JOSÉ MA OTS CAPDEQUI.

SOCIÉTÉS SAVANTES.

SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DU DROIT (PARIS).

SÉANCE DU 15 MARS 1923.

M. Glotz, vice-président, fait l'éloge de notre confrère M. Lardé, chargé de cours à la Faculté de droit de Nancy, décédé le 18 février, dans un lamentable accident de chemin de fer. Ses premiers travaux permettaient d'augurer une féconde carrière scientifique. Il n'a malheureusement pas pu donner sa mesure.

Sur l'invitation de M. Glotz, M. Chénon prend à son tour la parole, pour retracer la trop courte carrière de son ancien élève. Sorti second de l'École des Chartes, avec une thèse sur le *Tribunal du Clerc*, M. Lardé était un grand travailleur. Sa thèse de doctorat en droit sur la *Capitation sous l'ancien régime* est le fruit de patientes recherches personnelles dans les archives. C'était le premier volume d'un ouvrage, qui devait se compléter d'un second tome, resté malheureusement inachevé. Dans le même ordre de matières, M. Lardé avait publié une brochure sur *les Vingtièmes au temps de Necker*. Et enfin, il préparait comme seconde thèse de doctorat en droit, une étude sur la jurisprudence du Parlement concernant le pays d'Amiens d'après les *Olim*. M. Chénon émet le vœu qu'on puisse tirer parti des travaux laissés inachevés par notre regretté confrère.

M. Marion fait une communication sur *les partages de présuccession*, c'est-à-dire sur les partages anticipés, que la législation révolutionnaire a tantôt imposés et tantôt proposés aux ascendants d'émigrés, dans le but d'attribuer immédiatement à la République les parts d'héritage devant advenir à leurs enfants émigrés; et cela bien que les émigrés, frappés de mort civile, semblasent par là même être privés de tout droit successoral, et bien que le fait même d'exiger de ces ascendants d'émigrés un partage anticipé de leur succession, impliquât l'aveu que ces ascendants étaient innocents de l'émigration de leurs enfants: car les lois des 28 mars 1793 et 25 brumaire an III punissant la complicité d'émigration des mêmes peines que l'émigration elle-même, notamment de la confiscation des biens, le seul fait de demander partie de ces biens signifiait qu'on reconnaissait n'avoir pas de titre légal pour exiger le tout.

Pour débarrasser les biens des parents d'émigrés du séquestre sous lequel les avait mis un décret du 17 frimaire an II, la loi du 9 floréal an III imposa le partage, avec divers avantages (préciput, une part de plus, renonciation de la République à tous les biens qui pourraient advenir, par la suite, aux familles ayant effectué le partage) en faveur des ascendants d'émigrés remettant dans un délai déterminé déclaration de tout leur avoir, et se soumettant aux formalités indiquées. Mais cette loi, qui n'avait pas voulu tenir compte de la dépréciation du papier-monnaie, se trouva absolument inexécutable à cause des variations quotidiennes de cette valeur. Son exécution fut suspendue le 11 messidor an III, et ce fut seulement le 20 floréal an IV, qu'une nouvelle loi, très brève, remit en vigueur, à titre facultatif, ce que celle du 9 floréal an III avait ordonné à titre impératif. Et bientôt, du moins après le 18 fructidor an V, le gouvernement émit la prétention que les divers avantages

consentis aux familles partageantes par la loi du 9 floréal an III n'étaient plus accordés par la loi nouvelle, que les partages déjà faits aux conditions de floréal an III devaient être refaits, que les biens survenant après partage devaient être aussi soumis à partage. Cette fiscalité rétroactive était en train de troubler profondément le pays, lorsque survint le 18 brumaire, qui fit prévaloir d'autres principes, et renonça à ces expédients désastreux. Le Consulat, surtout à partir de l'an X, jugea que la tranquillité des familles importait plus à la prospérité publique que ces tentatives d'une fiscalité tracassière.

M. F. Martroye, membre de la Société, fait ensuite une communication relative aux *Defensores ecclesiarum* au ^ve et au ^{vi}e siècles.

La qualification de *defensor ecclesiarum* a désigné deux institutions différentes : l'une légale et judiciaire, l'autre de l'administration intérieure de l'Eglise. La première fut créée, en 407, par une loi de l'empereur Honorius, qui accordait aux Eglises le privilège d'avoir un représentant légal, choisi dans le corps des avocats et chargé de faire valoir leurs droits en justice. Elle ne fut pas de longue durée. Dès le milieu du ^ve siècle, les textes juridiques et les textes ecclésiastiques ne mentionnent plus, sous le titre de *defensores ecclesiarum*, que des fonctionnaires de l'Eglise, d'un rang inférieur dans l'ordre des clercs. Les pièces du recueil de Cassiodore, les Novelles de Justinien, nous montrent de même les *defensores ecclesiarum*, en Italie et en Orient, subordonnés à l'évêque et affectés à des services de l'Eglise. Les épîtres de saint Grégoire-le-Grand nous font connaître le mode de leur nomination, leur organisation en collège, et leurs attributions dans l'Eglise romaine. Agents des affaires de l'Eglise, ils sont, à son siège même, affectés à des emplois administratifs; au dehors, ils sont préposés à la gestion de son patrimoine. Hommes de confiance du pape, et agents à ses ordres, ils sont chargés par le Souverain Pontife de missions diverses.

L'Eglise romaine eut des défenseurs clercs, apparemment dès le ⁱⁱⁱe, assurément dès les premières années du ^ve siècle, sous les pontificats d'Innocent I et de Zosime. Les défenseurs clercs, et le défenseur laïque représentant légal de l'Eglise en justice, ont donc coexisté pendant la première moitié du ^ve siècle.

SÉANCE DU 19 AVRIL 1923.

MM. Collinet et Olivier Martin rendent compte des travaux auxquels ils ont pris part, le premier dans les sections de l'Histoire du droit antique et des Etudes byzantines, le second dans la section d'Histoire du droit médiéval et moderne, au *Ve Congrès international des Sciences historiques*, qui s'est tenu à Bruxelles du 8 au 15 avril.

M. Génestal fait connaître à la Société les *Plaids de la Sergenterie de Mortemer* (1320—1321). — Le manuscrit du rôle des plaids de Mortemer appartient à un érudit dieppois, M. Ed. Lecorbeiller, qui a publié sur lui une intéressante étude dans la *Revue catholique de Normandie* de 1920, et qui a gracieusement accordé à la *Société d'histoire du droit normand* l'autorisation d'en donner une édition dans sa *Bibliothèque*¹⁾. C'est un rouleau de 2^m,65 de long, sur 0^m,31 de large, contenant huit sessions de plaids (du 19 novembre 1320 au 10 avril 1321), et mentions de quelques procédures faites hors plaids devant le vicomte. Les répits, les défauts et les dépens sont souvent inscrits au dos du rôle.

La Normandie comprenait, en 1320, cinq bailliages royaux (Rouen, Caux, Caen, Cotentin et Gisors). Celui de Caux était subdivisé en quatre vicomtés (Montivilliers, Caudebec, Arques et Neufchâtel), dans chacune desquelles le bailli tenait successivement l'assise. Dans la vicomté de Neufchâtel, qui comprenait elle-même trois sergenteries royales (Neufchâtel, Saent-Saens et Mortemer), le vicomte tenait les plaids pour chaque sergenterie (mais toujours au

¹⁾ Les *Plaids de Mortemer* formeront le tome V de la première série (Textes) de la *Bibliothèque d'Histoire du droit normand*, qui paraîtra très prochainement.

château de Neufchâtel). La sergenterie de Mortemer comprenait au XVIII^e siècle vingt-deux paroisses, et sa consistance paraît avoir peu changé depuis le XIV^e siècle.

Les plaids sont tenus par le vicomte lui-même, qui paraît rarement suppléé par un lieutenant. Il a sous ses ordres un sergent ou sous-sergent de Mortemer (commis du titulaire de la sergenterie fiefée) et des clercs pour rédiger les rôles, plus un gardien de la prison de Mortemer. Il rend la justice, suivant la coutume générale en Normandie, par le conseil de l'assistance. Les assistants (au moins sept, au plus douze), sont des hommes de loi, avocats et attournés, qui suivent les plaids par obligation professionnelle, et des notables, qui généralement sont les personnes mêmes qu'un procès amenait aux plaids comme demandeurs ou comme défendeurs.

M. E. Chénon signale un nouveau manuscrit de cours de Pierre Jan, sieur du Rabot, professeur royal de droit français à l'Université de Bourges de 1703 à 1742¹⁾. Ce manuscrit a été donné, en avril 1923, par M. Jean Bonnerot, à la Bibliothèque de la Faculté de droit de Paris, qui avait déjà reçu, en 1921, un manuscrit, analogue de M. Louis Lacrocq, avocat à Guéret. Le nouveau manuscrit de format in-4°, comme les autres, est relié en parchemin, et porte au dos, d'une écriture et d'une encre autres que celles du texte, le titre suivant: „Jean (sic) Durabot, de l'Université de Bourges, 1738. *Traité du droit français* (sic) *recueillis par Goguelat*”. Il se compose de 500 pages, dont 478 écrites et 22 blanches. Sur la première, on lit: „*Goguelat Legum auditor Biturigibus anno Domini 1738*”, et sur la troisième: „*Traité du droit françois donnés par Monsieur Jan Durabot docteur professeur en droit françois en l'Université de Bourges, 1738*”. Le manuscrit Goguelat contient les mêmes matières que le manuscrit Lacrocq, c'est-à-dire l'*Institution au droit français* intitulée ici: „*Institutes au droit françois*” (paginée 1 à 285); puis le „*Traité des donations de toute espèce*” (paginé 1 à 138); et enfin „*L'Edit des secondes nocces interprété*”, comprenant 40 pages non numérotées. Les deux premiers traités sont suivis de tables non paginées. — Malgré leurs analogies, les deux manuscrits Goguelat et Lacrocq ne reproduisent pas le même cours. Il y a en effet des différences, qui montrent que le professeur a répété deux fois le même enseignement, mais pas d'une façon identique. Si l'on compare les deux *Institution au droit français*, on constate que dans le manuscrit Goguelat manquent les articles consacrés, dans l'autre manuscrit, aux absents, au retrait de my-denier, aux quasi-contrats, délits et quasi-délits, au compromis, et à l'extinction des hypothèques. Par contre, les développements consacrés à la dissolution et à la continuation de communauté, au douaire, à la prescription, au retrait lignager, au retrait féodal, et aux criées, sont plus étendus, et sont l'objet de divisions qu'on ne retrouve pas dans le manuscrit Lacrocq. De même, le *Traité des donations*, que Jan du Rabot avait dicté en 1733, est reproduit intégralement dans le manuscrit Goguelat, et seulement résumé dans le manuscrit Lacrocq. — Enfin, dans l'appendice relatif à *l'Edit des secondes nocces*, le second chef est étudié dans le manuscrit Goguelat et ne l'est pas dans l'autre. — Le manuscrit Goguelat reproduisant le cours fait par Jan du Rabot pendant l'année scolaire 1738—1739²⁾, le manuscrit Lacrocq, qui n'est pas daté mais fait allusion à l'ordonnance sur les testaments d'août 1735, ne peut reproduire qu'un cours dicté dans les intervalles novembre 1735—août 1737, ou novembre 1739—août 1741.

¹⁾ Sur les manuscrits déjà connus de Jan du Rabot, cfr. E. Chénon, *Les professeurs de droit français de l'Université de Bourges et les manuscrits de leurs cours*, nos. 3—6, dans la *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, année 1921.

²⁾ Et non pas 1737—1738; car on sait par ailleurs que cette année là, fut dicté le cours sur la *Communauté conjugale* (E. Chénon, *ibid*, n^o. 6).

SÉANCE DU 17 MAI 1923.

M. Paul Fournier, président de la Société, fait l'éloge de M. Joseph Tardif, décédé le 22 avril. Sorti second de l'École des Chartes avec une thèse sur le Très ancien coutumier de Normandie, docteur en droit avec une thèse sur la *Litis contestatio*, notre confrère s'attacha particulièrement à l'étude des coutumiers normands, dont il a publié les textes en des éditions critiques bien connues: *Très ancien Coutumier, texte latin*; — *Summa de legibus Normanniae in curia laicali*; — *Très ancien Coutumier, textes français et normand*. Pendant longtemps, il prit une part active à la direction de la *Nouvelle Revue historique de droit*, dont il a publié la *Table des cinquante premiers volumes* en collaboration avec M. Senn. Nombreux sont les articles qu'il y a lui-même fait paraître, ainsi que dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*. Les travaux de notre regretté confrère sont marqués par une érudition très sûre et très scrupuleuse, par une critique très judicieuse et pondérée dans ses conclusions.

L'assemblée entend ensuite une communication de M. Laborderie-Boulou: *Les idées de Necker sur l'assistance publique*.

Dans un siècle où physiocrates et encyclopédistes remuent les problèmes d'assistance et posent les bases du service public que la Constituante apercevra et que la fin du xix^e siècle fondera, Necker, esprit réaliste, ne fait point figure de novateur. mais s'attache à donner corps aux conceptions charitables de l'époque.

Pour pénétrer le sens de ses idées et de son œuvre, il faut envisager les faits auxquels se heurte Necker dans son entreprise de bienfaisance: d'une part, la mendicité, fléau rural autant qu'urbain, que les efforts de la Monarchie, depuis le xvi^e siècle, ne sont point parvenus à déraciner; d'autre part, les vices de l'organisation hospitalière.

L'assistance par le travail jouit d'une immense faveur, Louis XVI et Voltaire s'accordent sur ce terrain. Turgot avait fermé les dépôts de mendicité. Necker voulut, s'inspirant des exemples d'Angleterre et Hollande, créer un dépôt où serait mise dans tout son éclat l'assistance par le travail; et il choisit, pour y installer ce dépôt modèle, la généralité de Soissons.

Dans le domaine des secours à domicile, Necker, s'appuyant sur les intendants, s'efforce de diffuser dans les campagnes les premiers linéaments d'une assistance médicale et d'un service d'hygiène publique. Surtout, il ambitionne de confier direction et contrôle des choses de l'assistance aux Assemblées provinciales, dans lesquelles il place tant d'espoirs.

Les interventions de Necker en matière hospitalière sont généralement les plus connues. Frappé par les budgets déficitaires des hôpitaux et hospices, que d'Aguesseau déjà dénonçait, il prescrit l'aliénation des immeubles de ces établissements, offrant un placement au denier vingt pour les fonds ainsi réalisés, — sans que cette perspective ait autrement séduit les administrations hospitalières.

L'entassement des malades à l'Hotel-Dieu ayant suscité un courant d'opinion favorable aux établissements moins peuplés, Necker fonde, avec le concours de Louis XVI fournissant annuellement 42.000 livres sur la loterie royale, et avec la collaboration de M^{me} Necker „ministre de la Charité", l'Hospice des paroisses Saint-Sulpice et du Gros-Caillou, dont le fonctionnement particulièrement économique (17 sols environ par journée de malade), méritera en 1790 les éloges du Comité de mendicité de l'Assemblée Constituante.

M. Espinas, au nom de la *Commission des chartes de franchises*, donne lecture de son rapport sur les travaux de cette Commission pendant l'année 1922-1923. Ce *Second Rapport*, très complet et très détaillé comme celui de l'an dernier (séance du 9 mars 1922) auquel il fait suite, comprend deux parties, la première concernant le répertoire sur fiches, la seconde les publications de textes ¹⁾.

¹⁾ Ces deux rapports sont publiés *in extenso* dans la *Revue historique de droit français et étranger*, 1923, p. 405 et s.

Depuis l'envoi de la *Circulaire* de la Commission en novembre 1921, 6.500 fiches environ ont été demandées par divers collaborateurs (sans parler de 4.000 autres fiches pour des régions comprises aujourd'hui dans le territoire de la Belgique). Sur ces 6.500 fiches, 2.300 environ, soit un peu plus du tiers, ont été déjà retournées représentant le dépouillement d'un bon nombre de fonds d'archives et d'imprimés; et la Commission ne se laissera pas oublier par les possesseurs des autres fiches demandées. Le travail se poursuit activement. Depuis l'an dernier, des collaborations nouvelles et précieuses sont venues se joindre à celles de la première heure, des régions qui n'avaient encore que peu donné ont fourni des collections de fiches fort intéressantes. Le travail préliminaire consistant à inventorier les chartes de franchises de la France entière est donc en bonne voie, bien qu'il soit loin d'être achevé: il y a des régions d'où n'est venue encore aucune offre de collaboration.

Pour d'autres au contraire, — c'est l'objet de la seconde partie du *Rapport*, — la publication même des chartes et privilèges, but, suite et aboutissement naturels de l'inventaire sur fiches, est déjà en préparation (Flandre, par MM. Espinas, Ganshof et Nowé, — Hainaut, par M. Verriest, — Sénonais et Auxerrois, par M. Porée). En vue de l'édition des recueils régionaux qui seront ainsi publiés successivement, M. Espinas, au nom de la Commission, a rédigé des *Instructions générales*, et M. Prou, président de la Commission, veut bien se charger de rédiger les Instructions proprement diplomatiques.

La lecture de ce rapport donne lieu à un échange de vues, auquel prennent part notamment MM. Chénon et Prou, et d'où il résulte qu'il est bien entendu que la publication se fera par *régions*, ainsi que le principe en a été posé dès le début, et non par départements, ce qui serait un contre-sens historique.

M. Fliniaux fait ensuite une communication sur *La faillite des Ammonati de Pistoie et le Saint-Siège (début du XIV^e siècle)*.

Il rappelle d'abord le rôle des banquiers à cette époque, et montre en particulier celui qu'ils jouaient auprès du Saint-Siège. Au nombre de ces „marchands” figuraient les *mercatores* de la société des Ammonati de Pistoie qui, dans le courant du XIII^e siècle, furent en relations suivies d'affaires avec le Saint-Siège et les gens d'Eglise. Cette société avait même établi une succursale à la Curie romaine. Au début de l'année 1302, cette succursale cessa brusquement ses paiements, en même temps que ceux qui y étaient préposés prenaient la fuite en emportant toutes les sommes d'argent qui leur avaient été confiées en dépôt. Ce krach financier, qui eut un grand retentissement dans les milieux de la Curie, paraît avoir eu des causes exclusivement politiques. Quoi qu'il en soit, Boniface VIII, sur les instances des créanciers de la société, prit une série de mesures qui nous sont rapportées dans les registres de ce pape. Or ces documents sont de nature à fournir aux historiens du droit commercial des renseignements précieux touchant les origines italiennes de la faillite.

En premier lieu, le pape réalisa le dessaisissement de la société tombée en faillite, par les deux mesures particulières suivantes, auxquelles une bulle datée du 29 janvier 1302 (*Reg. Bonif. VIII*, n^o. 5000) donna la plus grande publicité:

1^o Interdiction à tous les débiteurs de s'acquitter valablement de leur dette entre les mains de la société ou de l'un quelconque des associés sans l'autorisation expresse du Saint-Siège;

2^o Interdiction adressée aux membres de la société de faire à dater des présentes un acte de disposition quelconque touchant les biens de la société ou leurs biens personnels.

L'une et l'autre interdiction étaient sanctionnées par la nullité de l'acte intervenu au mépris des défenses pontificales.

En second lieu, les registres nous montrent Boniface VIII prenant deux semaines plus tard une nouvelle mesure. La réalisation de l'actif n'étant possible qu'avec le concours des membres de la société, le pape invita certains

d'entre eux à se rendre à la Curie. Dans ce but il leur accorde un sauf-conduit valable pendant un certain laps de temps (*Reg. Bonif. VIII*, n°. 5002).

Toutes ces mesures se trouvent être en concordance parfaite avec les indications que nous fournit par ailleurs le droit statutaire italien de l'époque, et le rapprochement de ces divers documents jette un jour nouveau sur l'évolution de l'institution de la faillite au moyen âge (formation de la théorie du dessaisissement du failli, dans laquelle on s'écarte insensiblement du système romain; apparition de l'institution du concordat).

SÉANCE DU 14 JUIN 1923.

M. P. Guébin présente une communication sur *La propriété ecclésiastique devant la fiscalité du comte de Toulouse et de Poitiers au milieu du treizième siècle*, avec deux cartes, un graphique et plusieurs fac-similés.

Pour les trois grands problèmes de l'amortissement, des ordres militaires et de la régale, les mesures prises par la royauté capétienne à la fin du XIII^e et au début du XIV^e siècle ont leurs antécédents dans l'administration d'Alphonse, frère de Saint-Louis.

1° *L'amortissement*. — La menace de contraindre l'Église à mettre hors de sa main les biens nouvellement acquis est inscrite dans la majorité des chartes de coutumes émanant de la chancellerie alphon sine. Cette menace peut être écartée moyennant finance. Environ soixante-dix établissements monastiques furent inquiétés à ce sujet, principalement pendant les préparatifs des croisades d'Égypte et de Tunis. Procédure: saisie opérée par les sénéchaux; réclamation des intéressés auprès du comte, qui accorde une recreance à court terme et ordonne de négocier à prix d'argent la confirmation; tournées d'agents financiers spéciaux; expédition, par la chancellerie, des lettres patentes d'amortissement (la plus ancienne datant de 1248, la plus récente de 1270). La proportionnalité entre la taxe payée et la valeur du revenu acquis n'est pas complètement observée.

2° *Les ordres militaires*. — Ceux-ci, banquiers d'Alphonse à Paris, grands propriétaires fonciers à l'intérieur des comtés de Poitiers et de Toulouse, étaient, par leurs richesses, exposés à des mesures de fiscalité. Après plusieurs conflits particuliers, où leur expropriation fut prononcée avec parti pris par les fonctionnaires capétiens, une grande crise éclata en 1267: les biens des Templiers furent partiellement saisis en Auvergne, en Poitou, dans le Midi, et ne furent rendus que moyennant finance après de laborieuses négociations; une procédure identique fut conduite simultanément contre les Hospitaliers de Saint-Jean de Jérusalem.

3° *La régale*. — La question de la régale se posa pour trois sièges épiscopaux: à Poitiers, où après cinq ans de réflexion (1257-1262), Alphonse désavoua les actes de son sénéchal et déclara cette église „*jure regalium libera et immunis*”; à Toulouse, où, après la fausse nouvelle du décès de l'évêque, la saisie du temporel par le viguier, l'intervention de l'official, du pape et de deux inquisiteurs de la foi, il ordonna une enquête sur ses droits en matière de régale dans ce diocèse (1267); enfin à Agen, où, après mainmise du sénéchal et accord entre le comte et le nouvel élu, ce dernier abandonne toute demande d'indemnité, mais le comte renonce à pratiquer de semblables saisies à l'avenir, „afin d'éviter qu'un droit institué jadis dans l'intérêt et pour la garde de l'Église ne tourne au préjudice de celle-ci” (1269).

Ces multiples incidents montraient la nécessité de mesures d'ensemble. La royauté capétienne les réalisa peu après. Elle employa alors d'anciens agents alphon sines comme receveurs des amortissements dans le Midi, elle vidima d'anciennes lettres alphon sines relatives aux ordres militaires et à la régale, rendant ainsi justice au rôle précurseur joué dans ces problèmes par l'administration du comte de Toulouse et de Poitiers.

M. Champeaux fait part à la Société de ses recherches sur *Divers aspects de la règle „Propres ne remontent” en Bourgogne*. La règle „eschoite ne remonte pas” et sa dérivée „propres ne remontent pas”, ont revêtu dans notre ancien droit des significations fort différentes: M. Champeaux en distingue au moins douze. La plus ancienne, à laquelle toutes les autres se rattachent, est que toute la succession, meubles et immeubles, *l'échoite*, n'allait jamais aux ascendants (directs ou collatéraux), mais descendait toujours. C'est en Bourgogne qu'elle s'est conservée le plus longtemps et qu'on peut le mieux l'étudier et la dater. Les *Coutumes de Dijon et de toute Bourgogne* nous la révèlent à la fin du XIII^e siècle comme locale de Dijon; un des manuscrits, sources du *Grand Coutumier de Bourgogne* de 1402, nous propose cette règle comme règle générale (ce ms. paraît dater de la première moitié du XIV^e siècle); à la fin du XIV^e siècle, les *Consuetudines ducatus* combattent cette règle et veulent la restreindre à la ligne directe. On la retrouve dans toutes les coutumes voisines du duché (grande Bourgogne).

Pour comprendre la règle „échoite ne remonte pas”, il faut savoir qu'elle implique une terminologie très éloignée de celle que les auteurs nous ont rendue familière. Les ascendants comprennent toutes les personnes d'une génération antérieure à celle du *de cujus*, les descendants comprennent les personnes de la génération du *de cujus* et les générations inférieures.

La représentation romaine, quand elle fut introduite, amena nécessairement la représentation à l'infini, puisque les descendants comprenaient les descendants collatéraux. D'un autre côté, il fallut en limiter l'application, car si la représentation avait fait remonter un successible au rang d'ascendant, elle lui aurait fait perdre la succession. On posa la norme „la représentation ne remonte pas”, dont nous saisissons ici la signification primitive.

De plus, sous l'empire du brocard „échoite ne remonte pas”, toutes les successions sont à la fois de simple côté, souchères, de côté et ligne et par parentèles ou branchages: par parentèles, — mais on ne tient compte, dans chaque parentèle, que des successibles descendants par rapport au *de cujus*; de simple côté, — parce que l'échoite comprend les biens communs, les meubles et les biens réservés en principe aux mâles, les propres; or, ces propres sont déterminés par le fait que certains immeubles sont arrivés par succession au *de cujus*, et on ne remonte pas plus haut pour savoir s'ils sont propres. Elles sont toutes souchères, car seuls les descendants viennent à la succession. Elles sont de côté et ligne, parce que les descendants comprennent non seulement les descendants directs, mais aussi les collatéraux.

M. Champeaux estime que nous avons là la clef du système successoral du Moyen âge, et le point de départ de l'évolution qui conduira à la différenciation des coutumes de simple côté, souchères, de côté et ligne, de représentation infinie, de branchage et de tronc commun.

LES PARENTÈLES EN BOURGOGNE ET DANS L'ANCIENNE FRANCE AVANT LA LOI DE NIVÔSE AN II

PAR

ERNEST CHAMPEAUX (STRASBOURG).

La loi révolutionnaire du 17 Nivôse an II (6 Janvier 1794) établissait un système successoral qui, depuis longtemps, a rempli d'étonnement tous ceux qui l'ont étudié.

La succession était dévolue par lignées, aux représentants les plus proches d'une série de groupes issus soit du père, soit de l'aïeul, soit du bisaïeul, en remontant les générations étage par étage. Dans chaque groupe les descendants passaient avant les ascendants. Les frères et les neveux (fils de frères) du défunt primaient, par conséquent, le père lui-même. Ces groupes étaient appelés successivement: le groupe du père précédant celui du grand-père, celui du grand-père devançant celui de l'arrière-grand-père. La représentation était admise à l'infini aussi bien en ligne directe qu'en ligne collatérale. Enfin, quand le défunt ne laissait ni descendants, ni ascendants, mais des collatéraux dans les deux lignes, la succession se fendait en deux tranches dont l'une était dévolue aux parents paternels et l'autre aux parents maternels.

Ce n'est qu'au défaut de représentants dans l'une des lignes que la succession passait à l'autre.

La ressemblance flagrante qui existe entre ce système successoral et celui des parentèles dites du droit germanique ¹⁾, à quelques

¹⁾ Ce mode de computation se retrouve chez tous les peuples: chez les chinois, les juifs, les grecs, les Indous, les nègres. C'est le mode de dévolution le plus ancien, il n'a rien de spécifiquement germanique. Voir Fliniaux, *Le système des parentèles comme mode de dévolution de la succession ab intestat*. Paris, thèse 1906. P. 39, notes 1 et 2.

détails près, a été soulignée par tous les auteurs. Ils ne cachent point leur surprise. Mais, après avoir constaté cette similitude ¹⁾, ils refusent d'en tirer une présomption de filiation.

L'enfant leur paraît trop jeune pour une mère si vieille. Bien téméraire leur semblerait l'opinion qui prétendrait trouver dans le droit coutumier féodal français de 1789 des points d'attache avec les lois barbares. Il y avait longtemps que, dans nos vieilles coutumes, malaxées, triturées, déformées à plaisir par les feudistes et par les romanistes, le système des parentèles avait été aboli. Son souvenir même était évanoui. La loi de Nivôse ne nous livre qu'une sorte de jeu de la nature rappelant artificiellement des formes surannées. Elle semble une invention des juristes révolutionnaires, une production de leur passion folle ou de leur génie, suivant les points de vue.

Que l'on ne pense point que j'exagère.

Brissaud, dans son excellent manuel d'Histoire du Droit Français, met en relief la disparition complète du système des parentèles avant la Révolution. Il essaie d'expliquer par des causes contemporaines à la loi de nivose „cette résurrection inattendue du

¹⁾ „La loi de Nivose an II semble revenir aux origines du droit coutumier et se rapproche singulièrement de la computation germanique par parentèles” ; Sagnac, *La législation civile de la Révolution*, Paris 1898, p. 232 — „La dévolution avait lieu par parentèles, comme en droit barbare”. Lefas V^e *Succession*, dans la *Grande Encyclopédie*.

C'est un „système tout spécial, indique Aron, qui rappelle à peu près le système des parentèles du droit germanique” Aron, *Nouvelle Revue Hist. de droit français*, 1901 p. 611.

„C'est le pur système des parentèles, tel que nous l'avons étudié en droit germanique”, déclare Flimiaux. Il ne voit comme différences que l'admission de la représentation inconnue jadis, la préférence des descendants et le principe de la fente. *Le système des parentèles comme mode de dévolution de la succession ab intestat*, Paris, 1906, p. 112. „Système Barbare — c'est celui des parentèles” s'écrie Truillé. *Le régime successoral des ascendants dans l'ancien droit et le droit intermédiaire*. Paris 1910, p. 149 et les auteurs que nous citons plus loin. Le système des parentèles de la loi de Nivôse, déclare à son tour Vallier „heurtait profondément la conception traditionnelle de la Famille telle qu'elle existait depuis des siècles en France”. *La Fondation du droit successoral en droit français*. Paris 1902, p. 282. Nadaud, *Les successions dans le droit de la Révolution*. Paris 1904, déclare également que le législateur „a admis le système germanique des parentèles” p. 61.

système germanique des parentèles, si oublié alors dans la France coutumière" ¹⁾).

Aron va plus loin: l'ancienne dévolution était le contraire de la nouvelle. Il nous fait assister à un „bouleversement radical de nos anciennes lois de successions" et à l'établissement d'un système „qui, s'il rappelle par certains points l'ancien régime, n'en est pas moins *profondément original, profondément distinct* de celui qui avait régi la France pendant des siècles" ²⁾).

Son jugement se rencontre avec celui de Fliniaux ³⁾ pour qui „les rédacteurs de la loi de Nivôse ont édifié de toutes pièces ce système de dévolution en mettant simplement en œuvre les principes d'égalité qui dominent toute cette période de reconstruction sociale".

Toujours bouillant et prêt à revêtir d'images ses émotions juridiques notre vieil auteur Laferrière ⁴⁾ voyait dans la loi de Nivôse une sorte de charrue égalitaire dont le travail avait culbuté les jardins de l'ancien régime. „Tel est-, disait-il après avoir exposé, et apprécié souvent équitablement, les principes de la loi de Nivôse,— cette législation civile de l'an II qui a déraciné les coutumes et profondément labouré le sol de l'ancienne France".

Cette vision de coutumes brisées, et séchant, racines au vent, au soleil révolutionnaire, lui plaisait sans doute, car dans son livre, on la retrouve quelques pages avant les lignes citées plus haut. Avec la loi de Nivôse „la France de la société féodale et monarchique est remuée dans tous les sens; *les racines des coutumes sont arrachées*, les jurisconsultes de la Convention savaient où il fallait frapper pour frapper à mort les anciennes institutions" ⁵⁾).

Nous verrons plus loin si les jurisconsultes du comité de législation de la Convention avaient couvé ces soucis purement négatifs que leur prête Laferrière qui d'ailleurs leur attribue, en sus, le mérite d'avoir „réhabilité" le lien du sang qui, paraît-il, était

¹⁾ 1ère édition, 1898, p. 1553.

²⁾ *Etude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil*. N. R. H. 1901, p. 614.

³⁾ *Le système des parentèles*. p. 119.

⁴⁾ *Histoire du droit français*. 1838, t. II, p. 361.

⁵⁾ *Op. citat.* p. 354.

remplacé dans l'ancien régime par „le lien féodal et purement civil”¹⁾.

Ces choses là se sont imprimées, et enseignées!

Toujours est-il que l'image de Laferrière fit fortune et s'agrandit avec le temps et la littérature. La loi de Nivôse ne se contentait plus de réduire en poudre les coutumes: elle se serait attaquée au sol lui-même. Pour les contemporains et les successeurs de Laferrière elle est devenue une „machine à broyer le sol”²⁾ que les amis de la Révolution contemplent avec admiration et ses adversaires avec horreur.

¹⁾ „C'était, d'après Laferrière, le lien féodal et purement civil et non l'ordre naturel des affections qui était le fondement des successions coutumières . . . la loi de Nivôse remonte vers l'ordre naturel des affections; le lien purement civil fut brisé; le lien du sang fut réhabilité”.

Les opinions de Laferrière sur la loi de Nivôse sont passées dans le Sirey, *Lois annotées, tome 1er, 1843, p. 281* et de là dans le *traité élémentaire de droit civil* de Planiol, t. III, 1901, p. 534, note 1. On les retrouve dans tous les auteurs. Demante voit dans la loi de Nivôse une loi, „conçue dans un esprit diamétralement opposé aux principes du droit coutumier sur la conservation des biens dans les familles”. Demante et Colmet de Santerre: *Cours analytique de Code civil*, t. III. *Traité des successions*, 1885, p. 56. Gautier, *Précis de l'Histoire du droit français*, 3^e édition, 1887, p. 655, parle aussi de principes nouveaux „qui tranchent complètement avec le droit successoral de l'ancien régime”.

En 1859, Wilhelm Schaeffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, 4^e vol. 1859, p. 300, déclarait également, „Das Gesetz vom 17 Nivôse musste . . . ein neues Erbsystem aufstellen” et plus loin, p. 301 „diess war das Erbsystem des Convents”. Pour Fuzier Hermann, *Répertoire de jur.*, t. 35, V^o Succession, p. 20 N^o 40, la loi de Nivôse „s'inspirait en partie seulement du système de la novelle, 118 et répudiait, d'ailleurs les traditions coutumières”.

²⁾ L'expression est de Tocqueville: *La démocratie en Amérique*, I, p. 75 et ss. Elle est citée par *l'Histoire générale de Lavis et Rambaud*, t. VIII, p. 493. Le chapitre est de M. Chénou: „L'effet de la loi fut si rapide qu'au bout de quelques années, la propriété foncière était, en certains endroits émiettée”. Pourquoi pas partout? Tocqueville indique dans son livre sur *L'ancien régime et la Révolution*, 5^e édition, 1866, p. 33 et s. que la propriété était déjà très morcelée avant la Révolution. Jean Jaurès, *histoire socialiste*, t. IV, p. 1683, attribue aussi à la loi de Nivôse la dissémination de l'héritage „Par le système de la représentation à l'infini, l'héritage est extraordinairement morcelé”.

„Le but principal de la loi, dit Fuzier Hermann (v. note précédente *in fine*), bien différent ou plutôt diamétralement opposé à celui des lois anciennes, était d'arriver par le morcellement des propriétés au nivellement des fortunes”.

Deux de nos regrettés maîtres, M. Charles Lefebvre et Adhémar Esmein indiquent le double point de vue. Pour le premier, la loi de Nivôse est une loi bizarre qui présente cette disposition „singulière, criante” de faire passer les descendants avant leur auteur et qui ne s'explique que par l'influence nouvelle des idées révolutionnaires qui tendaient d'un côté à la division des fortunes et de l'autre à favoriser les parents plus jeunes „plus ralliés aux idées nouvelles” ¹⁾.

Pour le second, nous nous trouvons en présence d'une construction bien faite qu'il admire en juriste et dans laquelle il reconnaît „la main puissante de Merlin” ²⁾. Il y voit un système tout nouveau dont il ne faut chercher les origines ni dans le droit germanique, ni dans le droit anglais. C'est une solide bâtisse, une création faite de toutes pièces. Et, l'éminent jurisconsulte, sans trop hésiter, en désigne l'auteur responsable „le génie inventif de Merlin” ³⁾.

Telle est l'opinion courante des auteurs à l'époque actuelle. Elle nie le maintien des parentèles dans l'ancienne France en 1789 et croit que ce vieux système avait disparu vers les XIV^e et XV^e siècles ⁴⁾.

Bien rares et bien disséminés sont les auteurs qui pensent

¹⁾ *L'ancien droit des Successions*, t. II, 1918, p. 243. Le mot „ralliés” évoque certaines préoccupations plus modernes.

²⁾ *Précis élémentaire d'histoire du droit français, de 1789 à 1814*. Paris Larose, 1908, p. 239.

³⁾ „C'était, déclare M. Esmein, un système fort ingénieux, qui rappelle à certains égards les règles anciennes du droit anglais sur la transmission héréditaire de la *real property*, telles que les exposait Blakstone, à certains égards, le système des parentèles, telles que les jurisconsultes allemands les exposent pour l'ancien droit germanique. Mais, sûrement il ne provenait ni de l'une, ni de l'autre de ces sources; il provenait sans doute du génie inventif de Merlin”. *Op. cit.* p. 241. Brocher, *Etude sur la légitime et les réserves*. Paris, 1868, avait déjà parlé, p. 291 „d'une combinaison qui paraît ingénieuse par sa singularité”.

⁴⁾ Warnkoenig, *Geschichte der Rechtsquellen und des Privatrechts*. Basel, 1875, t. II, p. 475; Brissaud *op. cit.*, p. 1540. Fliniaux, p. 93, fixe le changement au XVI^e siècle. Lefebvre. *L'ancien droit des successions*. 1912, p. 39, indique le XIV^e siècle. Ce fut, dit-il, un progrès de rétablir partout à partir du XIV^e siècle la computation romaine dans les successions. Il revient sur ce point, t. II, 1908, p. 202, no. 248.

Cfr. Martin. *Cours de droit civil d'Aubry et Rau* 5^e édition, t. IX^e, 1917, p. 386.

qu'il restait tout de même quelques bribes du système des parentèles au moment de la Révolution. Ces audacieux les limitent aux meubles et acquêts et à quelques coutumes particulières qui leur semblent plutôt un objet de curiosité que les témoins toujours bien vivants du vieux système successoral de la France du Moyen-Age¹⁾.

Nous sommes arrivés à des résultats très différents de ceux de l'opinion commune un peu fortuitement. En étudiant le régime des successions dans le Duché de Bourgogne nous y avons rencontré le système des parentèles, fort reconnaissable, dissimulé sous le nom de coutume de tronc commun pour les propres et de représentations à l'infini pour les meubles et les acquêts. Le rôle du bourguignon Berlier, rapporteur de la loi de Nivôse, attira dès lors notre attention.

Puis, en continuant notre étude, nous avons retrouvé les parentèles un peu partout sur le sol de notre ancienne France, tantôt sous le couvert trompeur de coutumes de représentation à l'infini, tantôt sous celui de coutumes de branchage, ou même sous celui de coutume souchères ou de coutumes de côté et ligne, et nous avons été souvent renseignés, bien qu'adoptant parfois des solutions contraires aux siennes, par Merlin qui, dans le répertoire de

¹⁾ Je ne puis faire d'exception que pour Klimrath, dont je citerai l'opinion très juste à la fin du présent travail, p. 71, et pour Joseph Kohler dont l'étude intéressante et menée dans une direction exacte n'a pas obtenu toute l'attention qu'elle méritait.

Kohler, *Zur Lehre von der Parentelordnung, Zeitschrift f. Französisches Civilrecht t. VI, p. 171 ss. (1875)*, publiée à nouveau dans ses *Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht. Mannheim, 1883 p. 341 et ss.* Kohler, que Fliniaux n'a pas complètement suivi, indique bien la ressemblance des coutumes de représentation à l'infini et du système adopté par la loi de Nivôse. On peut aller beaucoup plus loin que lui et démontrer que l'une sort des autres. En outre Kohler ne s'est pas occupé de la succession des propres, ni du tronc commun, ni du branchage. Or, la parentèle s'abritera autant et plus sous le tronc commun et les branchages que sous la théorie de la représentation. Et même, avant l'admission de la représentation, elle n'avait que ces abris là.

Nadaud admet bien que le système des parentèles existait avant le législateur de l'an II „dans certaines coutumes, appliqué aux acquêts . . . l'innovation de la loi de Nivôse, même par rapport à ces coutumes, réside dans le fait d'avoir généralisé la règle en l'étendant à tous les biens. *Les Successions dans le droit de la Révolution. Paris, 1904, p. 61.*

Guyot s'était beaucoup occupé de ces coutumes¹⁾, et tout particulièrement de la fente des meubles et acquêts à laquelle elles donnaient lieu. En réunissant les résultats que nous fournissait un examen forcément sommaire nous arrivions à pouvoir affirmer l'existence des parentèles dans un nombre encore très imposant de nos vieilles provinces tout à la fin de l'ancien régime.

La conclusion c'était la loi de Nivôse. L'étude des discours de Merlin, des rapports de Garran, de Berlier et du commentaire de Vermeil ne permettaient pas le moindre doute. Le système de la loi de Nivôse n'est pas une invention, c'est une copie à peine modifiée de la vieille dévolution lignagère.

Notre plan s'est trouvé tout tracé. Nous étudierons : les parentèles en Bourgogne ; les parentèles dans le reste de la France. Notre conclusion donnera la preuve de l'origine traditionnelle de la dévolution de la loi de Nivôse.

I

LES PARENTÈLES EN BOURGOGNE.

La coutume du Duché de Bourgogne était si fort attachée au système des parentèles qu'elle l'a consolidé, peut-on dire, deux fois, dans ses dispositions, en recourant à deux procédés très différents : celui du tronc commun pour les propres, celui de la représentation infinie pour les meubles et les acquêts.

Examinons l'un et l'autre de ces maintiens de parentèles.

§ 1. LA SUCCESSION DES PROPRES EN BOURGOGNE.

La règle de dévolution des propres est le système du tronc commun. La coutume du Duché de Bourgogne est une coutume de tronc commun et même suivant Merlin, qui étudie, avec une

¹⁾ L'article sur la règle *Paterna paternis* a paru en 1781 dans le tome 44 du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* de M. Guyot, et celui sur la *Représentation* dans le tome 54. Ils ont été complétés dans le *Supplément* et encore dans la continuation de Guyot que Merlin a publiée sous le nom de : *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Je cite ce dernier d'après la 5ème édition de Bruxelles, 1825. Merlin considère les deux éditions de Guyot comme formant les deux premières de son répertoire.

D'après une note qui se trouve au début du Tome 44 de Guyot, il semble que les articles cités aient été déjà rédigés en 1781. Ils furent complétés par la suite.

défaveur marquée, dans le répertoire de Guyot, ces sortes de coutumes, elle serait l'unique coutume de tronc commun de l'ancienne France à la fin du XVIII^e siècle ¹⁾. Nous verrons que, sur ce point, Berlier le rapporteur pouvait utilement rectifier cette opinion exagérée de Merlin lors de la discussion de la loi de Nivôse.

Les lecteurs, habitués aux notions courantes des manuels d'histoire du Droit français, s'étonneront peut-être de ce vocable „coutume de tronc commun”. D'ordinaire l'on divise, dans le cas de succession collatérale aux propres, les coutumes de notre ancienne France en trois catégories: les coutumes souchères, les coutumes de côté et ligne, parmi lesquelles l'on range l'importante coutume de Paris, enfin les coutumes de simple côté.

L'on me permettra de rappeler ici que les premières de ces coutumes, les coutumes souchères, attribuaient le propre aux descendants du premier acquéreur qui avait mis l'héritage dans la famille. Les coutumes de côté et ligne allaient plus loin qui appelaient non seulement les descendants du premier acquéreur, mais aussi ses parents de côté.

Quant aux coutumes de simple côté, les moins compliquées de toutes, elles se contentaient de faire venir à la succession du défunt le plus proche héritier de côté par rapport au parent qui lui avait laissé le propre et ne s'inquiétaient nullement du premier acquéreur.

Or, le régime successoral bourguignon s'écarte nettement de ces trois thèmes. II ne s'embarrasse ni du premier acquéreur et de ses descendants directs ou de côté comme le font les coutumes souchères et les coutumes de côté et ligne. II n'accorde pas non plus le propre au parent du côté le plus rapproché du défunt, comme le font les coutumes de simple côté: il tient, en quelque sorte, une situation intermédiaire.

Le tronc commun, c'est l'ascendant auquel il faut remonter pour établir la parenté entre le défunt dont on veut répartir la succession et le successible qui veut parvenir à cette succession. Ainsi entre deux frères, le tronc commun est le père; entre

¹⁾ *Répertoire de Merlin, V^o Paterna. Edit. de Bruxelles, t. 22, 1827, p. 412 Section II, § 3, art. 2.*

deux cousins germains c'est le grand-père; entre deux cousins seconds, c'est l'arrière-grand-père.

En Bourgogne la succession n'est dévolue aux descendants d'un tronc commun qu'à l'expresse condition que l'ancêtre qui forme le tronc commun ait eu l'héritage entre les mains. Il faut que „l'héritage ait été tenu par le plus proche ascendant commun tant au défunt qu'au parent qui veut lui succéder ¹⁾”. Il faut que le successible soit un descendant du tronc commun possesseur du bien.

Jusqu'ici rien ne tranche avec les règles communément observées dans les coutumes souchères et l'on a pu dire que, dans un certain sens, la coutume du Duché de Bourgogne était „souchère”. Mais que cette ressemblance n'abuse pas. Il existe deux discordances notables et essentielles entre la coutume du Duché de Bourgogne et les coutumes souchères que définissent les jurisconsultes de l'ancien régime. La coutume de tronc commun ne s'occupe pas du premier acquéreur ni de sa descendance directe et de côté ²⁾ tandis que les coutumes souchères n'appellent que des descendants en ligne directe du premier acquéreur. De plus, dans les coutumes souchères citées plus haut l'on fait venir en bloc à la succession les descendants du premier acquéreur et l'on n'établit entre eux de discrimination qu'en tenant compte du degré tandis qu'en Bourgogne l'on appelle séparément les générations, les „souches”.

„Ordre de succéder aux anciens naturels ou propres réels, déclare Bannelier ³⁾, c'est de préférer les parents issus du tronc commun, „c'est-à-dire de l'ascendant commun le plus proche et d'épuiser la souche ou la branche la plus récente avant que de remonter aux parents sortis d'une souche ou d'une branche supérieure et plus reculée”.

Et pour ne laisser aucun doute il nous donne un exemple très

¹⁾ Bannelier. *t. VI*, p. 122 *cfr.* 121. Il faut être descendu en droite ligne de celui qui a possédé l'héritages. Adde, Taisand sur l'article 17, titre 7 des coutumes des Duché de Bourgogne.

²⁾ Il n'est nécessaire, déclare Renusson, *Traité des propres*, 4^e éd., Paris, 1733, p. 173, dans le tronc commun ni de descendre du premier acquéreur, ni même d'être du côté et ligne de cet acquéreur”. Dans le même sens Bannelier, *VI*. p. 122.

³⁾ Bannelier, *Traité de droit français à l'usage du Duché de Bourgogne pour servir de continuation aux traités de M. Davot*, *t. VI*, p. 220; adde pp. 16, 23, 34, 122, 234, 239 et 240, 529.

concluant que l'on trouvait déjà dans les traités de Lebrun. Il suppose un défunt qui laisse trois héritiers: un petit neveu issu de son frère, un cousin germain paternel et un grand oncle paternel. Tous trois sont issus de la ligne du tronc; il sont „en état de dire: nous sortons de troncs et ascendants communs tant au défunt qu'à nous”; tous trois sont issus du même côté et ligne que le père; tous trois sont au même degré, au 4° degré du défunt en adoptant la computation romaine ¹⁾).

La coutume de Paris les appellerait tous les trois; celle de Bourgogne ne fait venir que le petit neveu. Et la raison en est bien simple: le grand oncle sort du bisaïeul, le cousin germain de l'aïeul, le petit neveu du père même du défunt. C'est la dernière branche qui doit triompher, celle du petit neveu. On ne peut faire venir les descendants d'un ancêtre plus éloigné qu'après avoir appelé les descendants de l'ancêtre le plus proche ²⁾).

Rousseau de Lacombe voit dans cet épuisement du tronc le plus proche avant de remonter plus haut „ce qui fait la différence essentielle entre les coutumes de tronc commun et les coutumes souchères” ³⁾).

Or cet épuisement de la branche du tronc le plus proche avant de remonter plus haut, n'est-ce pas précisément ce qui constitue la caractéristique et des parentèles dites du droit germanique ⁴⁾

¹⁾ Qui n'était pas la computation ordinairement suivie en Bourgogne. On y utilisait la computation canonique jusqu'à la fin de l'ancien régime.

²⁾ Autres exemples dans Bannelier, *VI*, p. 241, 244, 532 à 534. Lefebvre, *L'ancien droit, les successions*, t. II, 1918, p. 71, n'a pas bien compris l'ancien droit successoral bourguignon. „Quant aux collatéraux, dit-il, ils succèdent en principe suivant le degré”. C'est inexact. Il ne paraît pas non plus se rendre compte de la signification spéciale du mot „souchère” en Bourgogne, ni de celle du tronc commun. „Si d'ailleurs l'immeuble avait été transmis depuis de nombreuses générations dans la famille; c'était au dernier tronc commun que devait être rattachée la préférence entre lignagers, p. 73”. Il ne s'agit pas ici du tronc commun le plus éloigné ni d'une solution de fortune admise dans des cas exceptionnels comme à Paris. L'éminent auteur confond la pratique parisienne et celle de la Bourgogne, les coutumes souchères ordinaires et les coutumes de tronc commun.

³⁾ *Recueil de jurisprudence. Paris 1753, V° Paterna*, p. 52. Cette affirmation dépend du sens que l'on donne au mot „coutumes souchères” comme on le verra plus loin, p. 44 et ss.

⁴⁾ Sur la définition de la parentèle, Fliniaux, *op. cit.*, p. 16; Brissaud, p. 1540. C'est sur la simple constatation d'un ordre successoral pareil dans la

et des parentèles de la loi de Nivôse? Le procédé est exactement pareil. La loi de Nivôse, avec son mode de dévolution, n'a pu susciter aucun étonnement en Bourgogne. C'était un usage séculaire qu'elle approuvait.

Les Bourguignons avaient même inventé, pour permettre de reconnaître le nombre des parentèles qui pouvaient venir successivement à un héritage propre, une terminologie curieuse¹⁾: on parlait „d'héritage ancien” s'il s'agissait d'un acquêt laissé par le père au fils, „d'ancien ayant fait tronc” dans le cas d'héritage acquêt dans les mains du grand-père, ancien au père, ayant fait tronc pour le fils, „d'ancien ayant fait double tronc ou tronc-tronc”, d'ancien ayant fait „triple tronc”, etc.

Les annotations du président Bégat et de Dépringles²⁾ nous renseignent sur la portée de ces dénominations. Pour l'ancien ayant fait tronc, ils nous disent „tel héritage est réputé ancien entre les oncles, tantes, neveux, nièces, cousins, germains par ce qu'il vient de l'ayeul qui estoit leur tronc et duquel ils sont tous descendus”, et ils ajoutent pour l'ancien ayant fait double tronc: „il est ancien entre les grands oncles, grandes tantes et les cousins issus de germains, comme venant du bisayeul, souche ou commun tronc d'iceux”³⁾.

Qui ne s'aperçoit que cette terminologie n'a été inventée que

coutume de Normandie que Brunner avait conclu qu'elle suivait la dévolution par parentèles. *Das anglonormannische Erbfolgesystem. P. 41.*

¹⁾ Il semble bien que primitivement l'on se contentait de considérer comme ancien l'héritage acquis par succession sans remonter plus haut et qu'il n'y avait pas de différences entre les anciens de succession et les anciens de retrait lignager: ce point est ailleurs contesté. La terminologie dont nous parlons est introduite déjà lors de la réformation de la coutume de la fin du XVI^e siècle comme l'indique le procès-verbal des conférences tenues en 1569. *Répertoire de Merlin V^o Propre, § 3, sect. V. P. 433.*

²⁾ *Coutumes générales du pays et duché de Bourgogne avec les annotations de Bégat et Dépringles. Lyon 1665, p. 255 et 256, cfr. Davot et Bannelier t. II, p. 12, 14, 184 et 185, 217, 287.*

³⁾ Il y a une contradiction dans le *Répertoire* de Merlin entre les conceptions attribuées à la coutume de Bourgogne à l'article *propres*, p. 433 et celles de l'article *ancien*. D'après le 1^{er} on attribue, en Bourgogne, à l'ancien simple la qualité d'acquêt tandis que le second lui donne la signification d'ancien naissant. C'est cette deuxième acception qui est la vraie pour Dépringles, Bégat (voir plus haut) et Taisand.

pour permettre, du premier coup, de reconnaître, pour chaque propre, le nombre des parentèles qui, successivement peuvent être appelées à hériter de ce propre. A l'ancien naissant, les enfants, à l'ancien ayant fait tronc¹⁾, les oncles, et leurs descendants, au double tronc, les grands oncles et leurs descendants.

La succession par parentèles aux biens propres dans le Duché de Bourgogne est une chose certaine. Reste à savoir sur quoi on la basait.

Sur le texte même de la coutume ou sur un autre principe?

Des discussions s'étaient élevées à ce sujet. Dumoulin, nous le verrons, et, après lui, Taisand, tout en reconnaissant le mode de dévolution par souches successives dont nous avons parlé, prétendaient l'appuyer sur les règles de la représentation à l'infini admise en Bourgogne comme nous le verrons plus loin.

Au contraire la grande majorité des auteurs Bourguignons y voyaient l'effet de l'article 8 du titre VII de l'ancienne coutume, devenu article 17²⁾ de la coutume réformée.

¹⁾ Pourquoi établit-on une distinction entre anciens et anciens ayant fait tronc. Cela vient pensons-nous de ce que dans l'opinion du XV^e siècle et du début du XVI^e la succession de frère en frère n'est pas une véritable succession collatérale car c'est la succession d'un même sang. On en voit la trace dans ce curieux droit de „viage ou retour” du vieux coutumier du Poitou (1417) dont parle Marcel Garaud (*extrait du Bulletin de la Société des Antiquaires de l'ouest*, t. V. 1921, p. 747 à 786). Ce retour fait passer la succession du frère aîné non à ses enfants mais à ses frères puînés en suivant l'ordre de naissance et du sang. La véritable succession collatérale ne commençait qu'à la parentèle du grand-père quand il s'agissait des oncles. C'est de cette conception qu'est sortie la théorie des „propres naissants”: les acquêts du père ne sont propres qu'au regard de ses descendants. Donc entre frères et soeurs descendants du père ils sont propres. A défaut de descendants, ils reviennent au père et échappent aux oncles. Nous reviendrons sur ce point. Philippe Villers, vieux jurisconsulte bourguignon, déclarait expressément „sed apud nos illa regula, Paterna paternis, n'est que pour le regard d'anciens ayant fait tronc”. *La coutume du Duché de Bourgogne enrichie des Remarques de M. M. Philippe Villers, Jean de Pringles et Jean Guillaume, anciens avocats au Parlement de Bourgogne, (éditée par le Président Bouhier). Dijon, de Fay, 1717* . 107. D'ailleurs la règle des propres naissants n'ayant été introduite qu'après coup en Bourgogne on arrivait à la terminologie bizarre „d'ancien naissant”. Bannelier, t. II, p. 219.

²⁾ Dans l'édit. de Bégat et depringles c'est l'article 16 parce qu'ils n'ont pas fait, comme les autres auteurs, de l'addition mentionnant que les modifications apportées aux testaments seraient communes aux 3 états, un article distinct.

Cet article disait :

„Les héritages ensuivent en succession la ligne du tronc, de laquelle ils sont yssus : c'est à savoir que les héritages procédans du costé et ligne paternelle, retournent aux héritiers du défunt, du costé paternel ; et ceux procédans du costé et ligne maternelle, retournent aux héritiers du défunt du costé maternel, soit en prochain, ou en loingtain degré.”

Les jurisconsultes Bourguignons comme Davot, Calon, Bannelier, et, avant eux, Bouhier, attachaient une importance particulière au début de l'article : Les mots „les héritages ensuivent la ligne du tronc . . .” indiquent-ils „sont d'une toute autre force que ceux qui suivent” c'est à savoir . . . etc” : autrement l'on aurait fait de la coutume du Duché une coutume de côté et ligne ¹⁾ avec Guyné. Bannelier fait en outre remarquer que le texte contient la phrase „les héritages ensuivent la ligne du tronc.” Il ne dit pas „des troncs” mais „du tronc”. Bannelier en conclut que le texte visait le tronc le plus proche ²⁾ qui devait passer avant les plus éloignés.

L'argumentation pourrait sembler un peu spécieuse et mince, mais elle s'appuyait fortement sur la tradition et l'usage constant de la Bourgogne. Merlin, après avoir examiné, avec hostilité, les indications de textes favorables à la dévolution par tronc commun est bien obligé de conclure „enfin l'usage a prononcé et l'on ne doute plus aujourd'hui qu'elle (la coutume de B.) ne soit de tronc commun” ³⁾.

§ 2. LA SUCCESSION DES MEUBLES ET ACQUÊTS.

La nature même des meubles et acquêts ne permettait pas de remonter au tronc commun dont ils dérivait. La coutume de Bourgogne qui voulait conserver, même pour ces meubles et acquêts, la dévolution par lignage dut chercher un autre principe.

¹⁾ Bannelier, *VI*, p. 35.

²⁾ Bannelier, *op. cit.*, *VI*, p. 223 „règle complète et parfaite” écrivait-il ailleurs en parlant de notre article : *t. VI*, p. 141. Voir aussi Denizart, *Collect. de Jurisp.* V^o *tronc commun*.

³⁾ *Paterna Paternis*, *Répertoire de Guyot*, t. 44; *Répertoire de Merlin*, éd. de Bruxelles, t. 22, 1827 p. 412. Bannelier, *VI* p. 223 et ss., indique les arguments qui peuvent faire croire que telle était déjà l'opinion de Chasseneuz.

L'article 19 du titre VII ¹⁾ de la coutume de 1459 nous le révèle : „*En toutes successions représentation a lieu, quand la personne représentée est en pareil degré, avec celui de la ligne et branche avec lequel il succède, et autrement non. Et c'est ce que l'on dit en Bourgogne, que ce qui eschet au père, eschet au fils*”.

La coutume du Duché admet donc la représentation à l'infini pour les collatéraux comme pour les héritiers en ligne directe. „*Omnes collatérales habentur pro suis*” ²⁾. L'axiome cité à la fin de l'article 19 revêt une portée générale.

Mais cet article s'appliquait-il aux meubles et acquêts?

Dumoulin ne le pensait pas. Pour lui l'article 19 ne concernait que les propres; son apostile sur la coutume était conçue de la sorte: „*soepe consului quod hic § loquitur tantum de herediis, et non corrigit jus commune, nisi in herediis in quibus representationem statuit in infinitum*” ³⁾.

La conséquence eut été que la coutume du Duché cessait pour les propres d'être une coutume de tronc commun pour devenir une coutume de représentation à l'infini et que, pour les meubles et acquêts, l'on aurait suivi ce que Dumoulin appelle le droit commun, c'est-à-dire qu'on les aurait attribués au plus proche héritier du défunt en suivant les règles romaines.

Cette opinion de Dumoulin ne fut adoptée que par Taisand ⁴⁾ et par Guyné ⁵⁾. Elle fut toujours repoussée par les arrêts du parlement de Dijon et la grande majorité des auteurs Bourguignons. Suivant eux, l'article 17 qui parle du tronc commun ne concerne que les propres, l'article 19 vise, au contraire, la succession aux meubles et acquêts.

„Il y a encore une autre succession, écrivait le Président Boucher ⁶⁾, qui n'est point comprise en cet article (l'article 19). C'est celle des biens anciens ou propres de la famille et qui procèdent d'un tronc commun entre le défunt et quelques-uns de ses héritiers. Ce n'est pas que cette succession ne se règle aussi par une espèce

¹⁾ L'ancien article X.

²⁾ *Coutumes générales du Duché de B. avec les annotations de Bégat*, p. 316 et 317.

³⁾ Cité à l'ouvrage précédent, p. 317. Cfr. Bannelier, t. VI. P. 83, 100 et ss. 143.

⁴⁾ *Coutume générale des pays et Duché de Bourgogne*, Dijon. MCXCVIII p. 480.

⁵⁾ *Traité de la représentation*, p. 115.

⁶⁾ *La coutume du Duché de Bourgogne*, éd. 1746, t. II, p. 578.

de représentation infinie. Mais elle a ses règles particulières, prescrites par un autre article de notre coutume (l'article 17 examiné plus haut), et qu'il ne faut pas confondre avec la représentation dont il s'agit".

Bouhier distingue donc deux espèces de représentation infinie : celle de l'article 17 et celle de l'article 19. Bien qu'il ne précise pas la première, il ne veut pas qu'on les confonde. La première c'est, nous le verrons, la représentation du lignage ou parentèle, la seconds, celle du degré.

Bouhier ajoute aux phrases qui précèdent :

„Il est constant que loin que notre article (19) ait limité la représentation aux seuls biens anciens, il doit, au contraire, être entendu des meubles et acquêts et *c'est ainsi que nous le pratiquons*" ¹⁾.

La conséquence était que le système des parentèles s'appliquait également aux meubles et acquêts — mais basé non plus sur le fait que les biens ont appartenu à un tronc commun mais sur la représentation à l'infini. Car il ne faut pas hésiter à reconnaître que ce que l'on appelle la représentation à l'infini, c'est la succession par parentèles ou, si l'on veut, que l'application de la représentation à l'infini aboutit, en pratique, au système des parentèles.

Les explications que donnent Bouhier et Bannelier, les nombreux arrêts rapportés par tous les commentateurs bourguignons, entre autres le fameux arrêt des Ranviard, de Décembre 1555, ne laissent pas, sur ce point, planer la moindre obscurité.

Le président Bouhier fait remarquer entre autres choses, qu'à la différence du droit de Justinien ²⁾ qui n'appelait que les enfants des frères du défunt à jouir du bénéfice de la représentation dans la ligne collatérale, la coutume de Bourgogne fait venir „non seulement la dernière branche, mais encore les autres plus éloignées; *non cependant toutes ensemble mais subordonnement*, en sorte qu'on

¹⁾ T. II, p. 578.

²⁾ Merlin n'a pas bien compris la pensée de Bouhier quand il lui fait dire qu'il limite la représentation aux termes de droit comme le fait le droit romain. Bouhier cherche dans le droit romain les amorces de la succession par parentèles. Il les trouve dans la loi célèbre qui donne la préférence aux fils de frères sur leurs oncles bien qu'étant du même degré. Mais il étend la règle. Cfr. Merlin *Répertoire V° Représentation*, voir plus loin p. 20 et ss.

ne peut remonter à la moins voisine du défunt qu'après avoir épuisé la plus prochaine" ¹⁾).

S'il y eut des difficultés sur les questions de représentation, elles tinrent surtout à ce que l'on discutait s'il y avait représentation de la personne ou représentation du degré, et surtout sur le point de savoir si, en ligne collatérale, la représentation par *saltum* était admise en Bourgogne, comme elle l'était en ligne directe. Cette question n'intéressant pas directement notre sujet, nous ne l'examinerons pas. Sur la succession par parentèles, à part une exception isolée, tous les auteurs sont d'accord ²⁾).

La coutume de Bourgogne admettait donc le régime des parentèles non seulement pour les propres, mais pour les meubles et acquêts.

Une question très importante qu'il nous faut élucider maintenant c'est celle de savoir comment la représentation à l'infini aboutissait au système des parentèles?

C'est là ce que beaucoup d'auteurs n'ont pas vu ³⁾ — faute d'avoir étudié le mécanisme de la représentation à l'infini, mécanisme curieux et qui montre toute l'ingéniosité déployée par nos vieux jurisconsultes coutumiers pour conserver l'usage national de la dévolution par parentèles.

Il est facile de vérifier qu'avec la représentation à l'infini, tous les descendants d'un auteur commun vont représenter leur auteur commun et porter le chiffre de son degré; tous les descendants du père seront au premier degré, les descendants du grand-père au second, les descendants de l'arrière-grand-père au troisième.

Les descendants du père passeront donc avant ceux du grand-père, et ceux-ci avant ceux de l'arrière-grand-père.

¹⁾ *La coutume du Duché de Bourgogne, t. II, éd. 1746, p. 585, N°. 98 et aussi p. 590 et ss.* Cette extension de la représentation en collatérale constitue ce que les jurisconsultes bourguignons appellent „la représentation prorogée”. Bannelier, *t. VI, p. 29, 89 et ss., 228, 234, 267.*

²⁾ L'on n'oppose guère qu'un arrêt du Parlement de Paris du 20 Juin 1727 rendu l'occasion de la terre de Longepierre, arrêt qui de l'avis de Bouhier *loc. cit. p. 592, n°. 141*, se trompe grossièrement sur les principes de la coutume de Bourgogne, et aussi l'opinion de Normant, l'auteur du *traité des partages par souches, p. 116* qui s'efforce de justifier l'arrêt parisien et d'introduire les pratiques du parlement de Paris en Bourgogne. Il n'eut aucun succès.

³⁾ Je dois faire une exception pour Kohler, dans l'ouvrage cité p. 6 note 1.

Dans la pratique, probablement pour éviter la confusion entre les descendants du père et les descendants du fils, pour se rapprocher du comput romain et peut-être aussi pour obtenir une meilleure adaptation avec la règle „Propres ne remontent pas” dont nous ne dirons qu’un mot ici, l’on faisait partir le degré de la parentèle non pas du père, du grand-père ou de l’arrière-grand-père, mais de leurs descendants immédiats: frère, fils du père, oncle fils du grand-père, grand oncle fils de l’arrière grand-père, etc ¹⁾.

Ce sera le système adopté par la loi de Nivôse. Son commentateur, Vermeil nous donne à ce sujet les explications les plus concluantes ²⁾. L’on obtiendra ainsi une série de parentèles graduées, la première celle des enfants avec le N° 1, puis celle du père portant le degré du frère du défunt (n° 2) celle du grand-père portant le numéro de l’oncle fils du grand-père donc le n° 3, celle de l’arrière-grand-père portant le chiffre du grand oncle fils de l’arrière-grand-père, donc le n° 4, etc.

Cette première représentation est ce que nos anciens commentateurs appelaient „l’habileté”, les allemands actuels la „lineal-ordnung, linealsystem”. „Il faut, en succession collatérale, disait Bonféal cité par Bégat, que la personne représentée soit en pareil degré „non seulement de proximité, mais encore d’habileté pour succéder” et ils s’appuyaient tous deux, avec Chasseneuz, sur le droit romain qui, à degré égal, préférerait les frères germains aux frères d’un seul côté ³⁾ et les neveux aux oncles. Ce mot „d’habileté” désignait ainsi celui qui se trouvait favorisé par la ligne ou branche ⁴⁾ et Lebrun l’employait avec beaucoup de bonheur pour

¹⁾ Ceci est certain pour les coutumes de représentation à l’infini de l’intérieur de la France. Pour la Bourgogne je n’ai pas de documents sur ce point précis.

²⁾ Vermeil. *Code des Successions, an III*, p. 106, 107 et plus loin p. 69 note 3.

³⁾ *Consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae. Coloniae allobrogum sumptibus Samuelii crispini*, 1616 col. 1206, sur les § 10 „adverte tamen quod ista paritas gradus non tantum inspicitur ratione proximitatis simplici, sed etiam ratione proximitatis habilitate, quoniam licet frater ex uno latere videatur proximior et in pari gradu cum fratribus ex utroque latere non tamen est habilis, stantibus fratribus ex utroque latere”.

⁴⁾ Le commentaire de Bégat nous montre bien qu’il rapporte l’habileté à la ligne et branche, *loco citato*, p. 316, 317.

expliquer la préférence donnée à cette grande parentèle artificielle des descendants du premier acquéreur, créée par la coutume de Paris, sur la parentèle des descendants de côté ¹⁾).

Il est certain que, dans les siècles antérieurs avant l'admission de cette notion de représentation du lignage, l'on se contentait d'indiquer que „le premier sang l'emporte sur le second, le second sur le troisième”, etc, sans faire intervenir l'idée de représentation ²⁾).

Quand les idées romaines, d'abord vaguement comprises du XII^e au XV^e siècle firent penser que la représentation se confondait avec la parenté l'on établit cette représentation du lignage qui fixait l'habileté du successible, c'est-à-dire la parentèle à laquelle il appartenait.

¹⁾ Lebrun, *traité des successions*.

²⁾ La formule est encore employée par les coutumes de Luxembourg et de Thionville *titre XI, art. 9. Boudot de Rieh. II, p. 366 et 349*. Cette désignation du lignage par „le sang” est tout à fait générale. Nous la trouvons dans le midi et dans le nord: „*Wer mein blut hat, ist auch mein Erbe*” dit un proverbe allemand cité par Fliniaux, *op. cit. p. 41* et Kohler, *p. 348*. *L'ancien coutumier de Picardie, éd. Marnier, p. 161*, donne la préférence au neveu sur l'oncle parce qu'il est issu „de la chair et du sanc qui est issus du tayan”. Les coutumes du Hainaut à la fin de l'ancien régime emploient encore la maxime „le premier sang l'emporte” pour expliquer la préférence donnée aux enfants du premier lit sur ceux du second. Une des meilleures preuves que l'on pratiquait le système des parentèles avant la notion de représentation nous est fournie par d'Argentré pour la Bretagne. Il fait remarquer sur l'article 559, „qu'encore que la représentation soit établie par la coutume, le nom néanmoins en était inconnu quoique très propre et significatif”. Lebrun, *p. 460*.

Dans le centre, le midi et le sud-ouest on confondit de suite la représentation et la parenté et l'on posa la règle que la représentation va aussi loin que la parenté. Coutumes de l'Anjou et du Maine 1437, § 425 (Beautemps — Beaupré, *t. II, p. 165* et art. 184 de la cout. de 1463, Beautemps — Beaupré *III, p. 326*, et si les coutumes du nord firent tant d'opposition à la représentation comme l'indique Dumoulin „plus les provinces tirent vers le Nord, plus elles sont opposées à la représentation” (Lebrun, *p. 460*) ce ne fut pas seulement pour défendre la vieille règle „Le plus près prend” comme le pense le jurisconsulte La Thaummassière, *nouveaux commentaires sur les coutumes du Berry. Bourges 1701 p. 654*, mais surtout parce qu'elles comprennent le mot représentation dans le sens romain hostile au lignage. Qu'on lise encore la *Jurisprudence des tribunaux de Lorraine*, par Guillaume de Rogéville, *Nancy 1785, p. 626, 627*, l'on verra comment cette représentation romaine du degré était utilisée, même dans une coutume de représentation à l'infini, pour substituer au partage par souches un partage par têtes et écarter la vieille construction des parentèles tout à la fin du XVIII^e siècle.

Maintenant à l'intérieur de cette parentèle quel sera le successeur appelé? Ici intervint entre le XIII^e et le XVI^e siècle, une seconde représentation, la représentation romaine du degré, introduite après la première mais qui dans beaucoup de coutumes devait la faire oublier. Elle fixe non par l'habileté, mais, pour parler le langage des anciens commentateurs „la proximité”.

Nous avons donc deux représentations superposées: la représentation de la parentèle (habileté) et la représentation du degré (proximité). „C'est là, dira Bannelier, tout le mystère de la représentation en collatérale” ¹⁾.

Maintenant, comment empêcher ces deux représentations de chevaucher l'une sur l'autre? ²⁾ Est-ce que un membre d'une parentèle plus éloignée, mais d'un degré plus rapproché du défunt (oncle) ne va pas demander à passer avant un petit neveu, fils du frère parce qu'il est du 3^eme degré tandis que le petit neveu n'est que du 4^eme?

La difficulté est tranchée par un axiome que Dumoulin rapporte d'une façon assez elliptique „*Repraesentatio semper recta procedit, non autem retrograde*” ³⁾. „La représentation ne peut remonter plus haut que sa source” ⁴⁾; „le représentant ne doit point rétrograder au dessus du défunt” ⁵⁾ nous disent également Guyné et Lebrun dans des formules équivalentes.

Le sens général de ces axiomes est clair: c'est que la représentation ne remonte pas. Notre maxime ⁶⁾ remplit, pour tous les biens, dans les coutumes de représentation infinie un rôle symétrique à celui de la règle „Propres ne recompte pas” pour les propres. Il veut dire que l'on ne passe à une parentèle supérieure

¹⁾ Le terme de „degré pareil” de l'article 19 titre 7 de succ. a été choisi pour réunir le privilège de la *proximité* avec celui de l'*habileté* ou capacité de succéder telle que d'être issu de la dernière souche. Bannelier, *VI*, p. 409.

²⁾ Le moyen employé par les coutumes du Nord avait été, suivant nous, de rejeter la représentation du degré. Voir plus haut, p. 18, note 2.

³⁾ Sur l'art. 241 de la coutume du Maine.

⁴⁾ Guyné, p. 118.

⁵⁾ Lebrun, *les Successions*, livre 3, ch. 5 sect. 34 n^o. 14; et Bouhier, *II* p. 386.

⁶⁾ Je ne m'occupe pas ici de son sens primitif. Kohler, *oper. cit.* p. 354, a bien saisi cette signification de la règle „*Representatio semper recta procedit*”. En d'autres termes la représentation ne recule pas; les coutumes du Valais nous disent aussi que „l'eschoite ne recule pas”.

qu'après avoir épuisé la parentèle inférieure¹⁾. Son but est de donner à l'habileté le pas sur la proximité. La proximité ne procurant de préférence qu'à l'intérieur de la parentèle. L'axiome dont nous parlons ne vise donc que la représentation de la branche ou parentèle et non celle du degré dont la caractéristique est au contraire de remonter et de donner au représentant la place d'un représenté plus haut que lui, et non pas de descendre²⁾.

Ainsi deux représentations s'affrontent. L'une fixe la parentèle, descend du tronc commun, la computation canonique, usitée en Bourgogne jusqu'à la fin de l'ancien régime³⁾, lui est favorable. Elle ne s'occupe point du degré, mais de fixer la branche et le sang qui doit succéder. L'autre détermine le degré du successible avec le *de cujus*, elle remonte du successible à son père ou à son grand-père pour le rapprocher du défunt. Elle donne la préférence à la proximité sans se soucier de la parentèle.

La théorie de la représentation infinie trouve moyen, de faire rentrer ces deux représentations l'une dans l'autre, en subordonnant le degré à la parentèle par l'extension à la ligne collatérale des règles de la présentation directe qui transforme tous les héritiers en descendants et par une application très remarquable de la règle „représentation ne remonte pas”.

Pour justifier, en droit général, ces deux procédés, l'on employait deux sortes d'arguments. La représentation infinie en collatérale, n'aurait été que du droit romain, étendu, prorogé. Quant à la prohibition pour la représentation de remonter, elle s'appuyait sur le droit naturel.

Pour soutenir le premier point de vue qui étendait aux autres parentèles la décision de l'authentique *post fratres autem*⁴⁾ qui

¹⁾ Dunod, *observations sur les titres des successions de la coutume du comté de Bourgogne*, Besançon 1756, p. 460, voir plus loin, p. 28.

²⁾ C'est faute d'avoir vu que la première représentation s'appliquait au lignage que certains auteurs comme Glasson: *Le Droit de succession au Moyen Age*, N. R. H. 1892, p. 728, note 2, nous donnent de si déconcertantes explications; „certains textes, dit-il, nous parlent d'une représentation qui n'en est pas une”. Voir aussi Fliniaux, p. 92. Nous croyons à une véritable représentation mais du lignage et non du degré.

³⁾ Bannelier, *FI*, p. 152.

⁴⁾ Cette authentique avait été l'objet de nombreuses discussions dont on trouvera un résumé dans Merlin, *Répertoire*, v°. *Représentation*.

donnait la préférence au neveu fils du frère du défunt en concurrence avec l'oncle, Bannelier n'hésite pas à recourir à une considération fort imprévue. Justinien lui-même, disait-il n'aurait pas hésité à adopter cette représentation s'il avait vécu plus vieux.

„Ne serait-ce pas un peu trop hasarder, si je disois ici, écrivait-il, que la Novelle 118 en avait assez fait pour un premier coup d'équité et d'humanité; mais que si Justinien eût vécu plus longtemps, il aurait bien pu proroger, comme nous avons fait en Bourgogne, les mêmes effets de cette équité suprême qui avoit introduit la représentation entres les collatéraux" ¹⁾).

Et plus loin: „Nous avons fait ce qu'un grand Empereur n'eut pas le loisir de faire. Il nous a montré le chemin, il a fait le premier pas; nous avons continué de marcher dans la voie qu'il nous avait ouverte" ²⁾).

En d'autres termes, le système des parentèles, c'était du droit romain plus achevé, plus complet que celui qu'avait laissé Justinien.

Quant à la règle qui interdisait à la représentation de remonter tant qu'il existait des descendants d'une souche inférieure, elle se basait sur le droit naturel. Voici comment l'on argumentait. Avec le système des parentèles, en fait, la représentation collatérale n'existe pas. Il n'y a de succession que des descendants d'un tronc commun. Le sang qui coule dans les veines du collatéral et qui produit le rapprochement au point de vue de la succession, c'est le sang du père, du grand-père, de l'arrière-grand-père. C'est ce sang qui légitime l'hérédité. Vouloir faire remonter la succession en partant du *de cujus* et en se basant sur le seul degré, c'est aller contre l'ordre des choses.

Aussi, Bouhier déclarait-il que le mode de succession par parentèles (il disait: en collatérale avec représentation infinie), respectait „l'ordre simple et équitable de la nature".

„Il serait, ajoutait-il, contre l'ordre de la nature, de faire

¹⁾ *T. VI, p. 89.* Il se basait sur l'authentique *Post fratres autem*, Code, de legitimis hered, c. a. d. sur l'authentique faite sur la *constitut. 3*, Code, Livre VI, titre 57 (58), col. 1975 de l'édition de la glose de 1566 (Paris). Sur cette authentique, voir aussi Bouhier, II, p. 573 et Merlin, répert. V° Représentation.

²⁾ *T. VI, p. 90.*

monter la succession tant qu'elle trouve à descendre" et il ajoutait que c'était „l'avis de tous les docteurs" ¹⁾.

C'est la volonté, ou plutôt le sang de l'auteur commun qui produit la parenté, et non la volonté du successible — de qui la parenté n'émane pas — quand il n'a pas de descendants. Cette volonté du sang de l'auteur commun est que tous les biens qui viennent de la famille aillent aux descendants, retournent au sang. „N'est-ce pas le vœu commun des pères et des mères" dira Bannelier ²⁾, et dans un moment d'enthousiasme il allait jusqu'à l'image: „Cette disposition de nos coutumes s'est donc formée sur les mouvements mêmes du cœur" ³⁾.

Que signifie en présence de ces textes l'affirmation audacieuse de Lafferrière, suivi aveuglément par tant d'auteurs, que la Révolution aurait „réhabilité" le lien du sang ⁴⁾, que l'ancien régime avait remplacé par le lien „purement féodal et civil!" Si un régime de dévolution a respecté le lien du sang — infiniment plus que le droit romain et que le code civil actuel — c'est notre ancien droit ⁵⁾ — qui ne laissait charrier les successions que par le sang.

§ III. LA FENTE.

A côté de ces deux représentations si différentes du lignage et du degré, il existait une troisième espèce de représentation, celle du côté (paternel ou maternel).

Guyné dans les premières pages qu'il a consacrées à l'étude de la Règle *paterna paternis* ⁶⁾ indique bien que cette règle établit „une espèce de représentation" différente de celle de Justinien, représentation infinie, représentation qui rétrograde et oblige à rechercher d'où procède l'héritage — mais il prétend qu'elle ne s'applique que pour les propres, tandis que les partisans de la fente l'appliquaient également aux meubles et aux acquêts.

La question avait soulevé en Bourgogne une controverse très

¹⁾ Bouhier. *l. II*, p. 574, et les nombreuses références qu'il cite.

²⁾ *T. VI*, p. 89.

³⁾ *T. VI*, p. 269.

⁴⁾ Voir plus haut, p. 4, note 1.

⁵⁾ Je mets à part la coutume de Paris pour des raisons que j'expliquerai plus loin, voir p. 26.

⁶⁾ *Oper. cit* p. 143, voir aussi plus loin page 52.

grave qui semble avoir été menée avec une sorte de passion, un véritable entêtement bourguignon, jusqu'à la fin de l'ancien régime. La question se posait de la façon suivante; la représentation peut-elle se faire d'une ligne à l'autre?

Tous admettaient que si un défunt mourait sans descendants, les collatéraux du même degré de la ligne paternelle et maternelle pouvaient concourir pour la succession des meubles et acquêts ¹⁾. Mais là s'arrêtait l'accord. Les collatéraux de chaque ligne paternelle et maternelle avaient-ils droit chacun à la moitié? Et si les collatéraux de l'une des lignes se trouvaient à un degré plus éloigné du défunt que les collatéraux de l'autre ligne, pouvaient ils invoquer la représentation pour venir partager avec les autres?

Un célèbre arrêt du parlement de Dijon, du 20 décembre 1555, longuement exposé et discuté par tous les commentateurs de la coutume de Bourgogne ²⁾, décidait que, dans le cas de représentation des deux lignes paternelle et maternelle, la succession des meubles et acquêts se partageait par moitié entre les lignes paternelle et maternelle.

C'était admettre le principe de la fente en matière de meubles et acquêts ce qui, au dire de Guyné et de Bouhier, ne devait se faire que dans les coutumes qui „outre la règle de la représentation à l'infini admettaient la règle *Paterna Paternis* en matière de meubles et acquêts."

Néanmoins l'opinion favorable à la fente fut soutenue avec chaleur et obstination par tout un parti de jurisconsultes jusqu'à la fin de la Révolution. Outre l'arrêt des Ranviard de 1555 elle invoquait un autre arrêt de 1600, puis l'arrêt des Brivets de 1725, bien qu'il n'ait visé, semble-t-il, que des propres fictifs et conventionnels, enfin un troisième arrêt de 1772, imprimé sur ordre de la cour en 1774 qui décidait, après de longues discussions ³⁾ que Merlin rapporte *in-extenso* dans son répertoire, que tous les meubles et acquêts de la succession d'un curé de Vérone nommé

¹⁾ Bannelier, *VI*, p. 36, 39, 80, 128, 271, 273, 413.

²⁾ Ils sont cités par Bouhier, *II*, p. 593 et 594.

³⁾ Bannelier. *VI*, p. 52, 55, 72, 76 et ss. 128, 275. Pour l'époque subséquente consulter Merlin, *répertoire* v° *représentation*.

Portignon seraient „partagés par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle”.

Les adversaires de cette fente ne l'admettaient que s'il y avait égalité de degré entre les deux lignes et prétendaient que la représentation ne pouvait s'exercer qu'à l'intérieur de la même branche et de la même parentèle. L'on discutait très fort sur le point de savoir si l'article 19 de la coutume ¹⁾ portait, dans le manuscrit original, l'admission à la représentation „quand la personne représentée est en pareil degré, avec celui de *la* ligne ou branche, avec lequel il succède ²⁾” ou bien les mots: „avec celui de *sa* ligne ou branche”. Finalement le Parlement de Dijon donna raison aux adversaires de la fente par un arrêt du 27 janvier 1783 à la suite duquel le premier président du Parlement de Dijon s'adressant aux avocats leur avait dit:

„Avocats, tenez pour maxime certaine qu'au Duché de Bourgogne, en succession de meubles et acquêts, la représentation n'a pas lieu d'une ligne à l'autre”.

Berlier, qui devait être inscrit au tableau des avocats du Parlement de Dijon cette même année 1783 ³⁾, avait suivi, on le devine sans peine, avec un vif intérêt, cette controverse ardente. Et l'on peut croire, étant donné l'état d'esprit qui régnait en 1783, qu'il avait accueilli sans respect les affirmations du premier Président qui semblaient vouloir détruire une vieille tradition de la Bourgogne. Dans le comité de législation il fut sans doute, avec Merlin, l'un des chauds partisans du régime de la fente.

Ce bref exposé des règles suivies par la coutume de Bourgogne au sujet des parentèles suffit pour nous faire saisir les différences fondamentales qui existaient entre cette coutume et la coutume de Paris.

Tandis que la coutume de Paris va chercher le premier acquéreur qui a mis le propre dans la famille pour appeler à la suc-

¹⁾ Cité plus haut p. 20.

²⁾ Bannelier avait une opinion particulière; il prétendait que les mots de *sa* ligne et *branche* n'avaient été mis que par rapport aux anciens dans l'article 19 et non pour les meubles et acquêts, *VI*, p. 79 et ss. Il s'appuyait aussi sur l'article 119, des anciennes coutumes et repoussait la fente, p. 279.

³⁾ *Almanach du Parlement du Bourgogne*, 1790, p. 16. Berlier demeurait alors 5 place St. Michel. Charles François Oudot, autre membre du comité de législation était inscrit en 1775, *ibid.* p. 21.

cession ses descendants ou ses parents de côté suivant le degré romain de proximité avec le défunt, la coutume de tronc commun ne s'occupe point du premier acquéreur, elle cherche le premier tronc commun, le premier ascendant commun au successible et au défunt qui a eu le propre en main.

La coutume de Paris n'admet pas les parentèles, ou plutôt elle a créé deux grandes parentèles artificielles : celle des descendants du premier acquéreur et celle de ses parents de côté. La coutume de tronc commun suit l'ordre des parentèles naturelles basée sur les générations. Il y a autant de parentèles que de troncs communs. S'il n'y a pas de tronc commun, le propre devient acquêt ou plutôt il n'y a pas de propre.

La coutume de Paris n'ayant que ces deux grandes parentèles dont nous parlons, laisse un jeu beaucoup plus étendu au degré romain. Dans la coutume de tronc commun, ce jeu est plus restreint.

La première, la coutume parisienne, n'admet que la représentation du droit romain, réduite aux termes de droit. Celle de Bourgogne admet la représentation à l'infini ¹⁾.

Avec la première les meubles et acquêts sont déférés au plus proche parent sans s'inquiéter ni du côté ni de la parentèle. Dans la seconde, la dévolution par parentèles est maintenue pour les meubles et acquêts et la question de la fente après avoir été longtemps admise n'est mise en doute qu'à la veille de la Révolution ²⁾.

On remarquera également que tandis que la 1^{ère} s'est établie sur des pays censuels, ou antiallodiaux et a pris, après coup, croyons-nous, une sorte de caractère féodal, la coutume de tronc commun s'est développée dans des pays allodiaux et n'a jamais pris ce faux caractère féodal de la coutume parisienne.

Dans la coutume de Paris, la règle propres ne remontent pas signifie depuis Dumoutin que l'héritage propre ne passe dans l'autre ligne que quand il n'y a plus d'héritiers du côté auquel il appartient. Dans la coutume de Bourgogne, la règle „propres ne remontent pas” et sa symétrique „représentation ne rétrograde pas” veulent dire que l'on ne peut passer à une parentèle supé-

¹⁾ Mais une coutume de tronc commun peut exister avec la représentation romaine. Nous le verrons pour la Franche-Comté, Sens, Auxerre et Nevers. Elle pourrait exister même sans représentation du degré.

²⁾ Même observation.

rieure qu'après avoir épuisé les successibles de la parentèle inférieure.

En résumé, la coutume de Paris est une coutume artificielle qui ne nous donne ni du droit coutumier, ni du droit féodal, ni du droit romain, mais une sorte de mélange hétéroclite brassé par des jurisconsultes fort ingénieux — tandis que la coutume de Bourgogne nous fournit les trois directives essentielles qui ont maintenu dans la vieille France les règles traditionnelles que revigorera la loi de Nivôse: le tronc commun, la représentation infinie, la Fente.

Tronc commun et représentation infinie ne se confondent pas. La coutume de tronc commun établit directement l'existence de la dévolution par lignage en n'appelant que les descendants d'un tronc commun. Elle est indépendante de l'admission de la représentation infinie: il existe les coutumes de tronc commun, nous allons le voir qui n'admettent que la représentation romaine ou même repoussent toute représentation et cependant gardent la dévolution lignagère.

D'un autre côté, il existe des coutumes de représentation infinie celles qui ont perdu le sens de la règle „représentation ne remonte pas” qui tendent à perdre l'emploi des parentèles et à faire venir les successibles descendants directs ou de côté d'un premier acquéreur, sans s'occuper d'autre chose que de leur degré avec le *de cujus*. Cette tendance est visible dans la coutume de Lorraine tout à la fin de l'ancien régime.

Enfin, il pourra y avoir fente là où il n'existe plus ni dévolution par tronc commun, ni représentation infinie.

Suivons, sans les confondre, ces trois directives que la coutume de Bourgogne nous a permis de distinguer; elles nous mèneront à des solutions très différentes de celles que nous avons signalées au début de cette étude.

II.

LES PARENTÈLES DANS LE RESTE DE LA FRANCE COUTUMIERE.

Le Duché de Bourgogne n'avait pas le monopole des parentèles. Ce mode de dévolution avait insinué de profondes et souples

racines dans nombre de nos vieilles coutumes. Toutes présentaient ce trait caractéristique de n'appeler les descendants de la souche supérieure qu'après l'épuisement de l'inférieure. Mais sur cette charpente commune la vie avait posé des revêtements dissemblables. Les théories et les pratiques avaient utilisé des procédés variés et des terminologies disparates pour consolider le vieil édifice. Partant de l'idée vraisemblable que c'est la succession des propres qui est la plus importante pour le lignage, nous ferons le contraire de ce que préconisent les auteurs qui se sont occupés des parentèles jusqu'ici — et nous chercherons leurs traces, d'abord dans la succession des propres avant de nous occuper des meubles et acquêts.

§ 1. LES PROPRES.

Dès le principe, il nous faut mettre en suspicion la terminologie courante de „coutumes souchères, coutumes de côté et ligne, coutumes de simple côté”. Mots trompeurs, terminologie équivoque et pleine d'ambiguïté. Nous nous attacherons aux deux notions révélées par l'étude de la coutume de Bourgogne : le tronc commun et la représentation infinie. Les coutumes de branchage n'étant, nous le verrons, qu'une variété des coutumes de tronc commun.

A. LES AUTRES COUTUMES DE TRONC COMMUN.

Il existait d'autres coutumes de tronc commun que la coutume du Duché de Bourgogne. Sur ce point Berlier pouvait compléter l'admirable information de Merlin et lui montrer que la dévolution par „souchées” était beaucoup plus répandue que ne semblait le croire le savant avocat du Parlement des Flandres.

Et cela, dans les provinces de l'Est qui avaient fait plus ou moins partie de l'ancienne *Burgundia* du haut moyen-âge. Les maîtres de Berlier, le doyen Voisin ¹⁾, et Bannelier son successeur dont l'ouvrage relativement récent alors faisait autorité sur la

¹⁾ On trouvera quelques renseignements sur Voisin dans l'ouvrage de Villequez, *Les écoles de Droit en Franche-Comté et en Bourgogne*: Dijon, 1875, p. 47, 59, 61. Pour Bannelier qui connaissait à fond la coutume de Bourgogne, l'on verra ce que dit Villequez, p. 46 et 47.

matière ¹⁾, rapprochaient des coutumes de tronc commun les coutumes de Franche-Comté, de Sens, d'Auxerre et même de Nevers, et il semble bien que l'on aurait pu allonger cette liste.

Pour la *Franche-Comté* la chose était certaine. C'était une coutume de tronc commun même pour ceux qui s'efforçaient de la maquiller en coutume de côté et de ligne.

Dunod ²⁾ donne à ce sujet les explications les plus nettes. Avant lui, le vieux jurisconsulte Grivel avait indiqué expressément qu'il était inutile en Franche-Comté de remonter au tout premier acquéreur mais seulement au premier tronc commun qui avait eu le propre en mains — en d'autres termes au dernier tronc commun en descendant ou au premier en remontant.

„et inspicienda non tantum proxima et immediate persona, sed et illa ex qua primum bona prodierunt, non quod progrediendum sit sursum in infinitum sed usque ad communem tantum stipitem a quo omnes, tam scilicet defunctus quam qui bona illius praetendunt descenderunt ³⁾.

Dunod explique longuement que l'on procède exactement de même que dans la coutume du Duché de Bourgogne ⁴⁾. Il donne pour maxime certaine, que la règle „Propres ne remonte pas” avait dans la Comté de Bourgogne le sens qui lui est attribué dans toutes les coutumes où la dévolution se fait par parentèles.

„Toute succession, soit directe ou collatérale, ne remonte pas tandis qu'il y a des descendants ⁵⁾”

Enfin, il s'appuie sur une ancienne série d'arrêts de 1587, 1588 et 1604. Après une interruption due à l'opinion des jurisconsultes Boivin et Jobelet qui voulaient que l'on ne s'occupât que du côté d'où venaient les biens et qui transformaient la coutume de

¹⁾ Les *commentaires sur la coutume du Duché de Bourgogne de Davot avec les notes de Bannelier*, ont paru de 1761 à 1767. Ils étaient dans toutes les mains et l'enseignement de Bannelier était celui de la Faculté de Droit de Dijon.

²⁾ Dunod de Charnage, *Observations sur les titres du droit de justice, des fiefs . . . et des successions de la coutume du Comté de Bourgogne*, 1756 p. 453 et ss.; dans le même sens Bannelier, t. VI, p. 229 et p. 125 et ss.

³⁾ Grivel cité par Dunod, *op. cit.* p. 454.

⁴⁾ *Op. cit.*, p. 456, 465, 476.

⁵⁾ Dunod, *op. cit.* p. 460, et les exemples à l'appui „l'acquéreur a voulu abreuver séparément chaque souche de son acquêt”, p. 463, 466.

Franche-Comté en coutume de simple côté¹⁾, la vieille jurisprudence favorable à la succession par tronc commun avait repris avec une nouvelle série d'arrêts de 1647, 1648, 1662, 1684, 1691, 1712, 1730 qui la confirmaient expressément.

Dunod aurait pu ajouter à ses preuves le témoignage des „usages et coutumes de Besançon”²⁾ qui en matière de retrait lignager, déclarent expressément: „On ne peut user du droit de retrait lignager qu'à l'égard de l'héritage provenant du tronc commun entre le vendeur et le retrayant”?

Etant donné le parallélisme qui existe entre le droit de retrait et la succession des propres, ces usages rédigés en 1614, montrent bien qu'alors, à Besançon, triomphait la dévolution par tronc commun. Seulement, j'allais dire, malheureusement, Dunod qui cherche à faire rentrer sa coutume dans la terminologie courante l'appelle „souchère”³⁾. Il nomme d'ailleurs, la coutume du Duché également une coutume „souchère” en donnant à cette épithète un sens très différent de celui que lui attribuaient les jurisconsultes parisiens, ce que remarque Bannelier⁴⁾ car ici „souchère” égale tronc commun. Cela amenait des confusions sans doute, mais nous indique leur cause.

Une question se posait. Si, après être remonté de souche en souche jusqu'au plus ancien tronc commun on ne trouvait aucun successible, fallait-il faire la dévolution à l'autre ligne ou appeler les parents de côté du premier acquéreur? Dunod s'en tenait au premier avis et déclarait qu'à ce point de vue la coutume du comté était vraiment souchère et non de côté et ligne⁵⁾.

Cet avis n'était point partagé par l'auteur d'une dissertation anonyme imprimée en 1725⁶⁾, sur le commentaire de Dunod.

¹⁾ P. 457.

²⁾ Je cite d'après le f^o 5^{vo} § 2 d'un manuscrit que je possède sur cette coutume de Besançon. Dans l'ensemble du Comté de Bourgogne, l'on admettait au retrait lignager les parents de simple côté. Cela vient de ce que les coutumes des pays de Bourgogne ont été de simple côté avant de devenir de tronc commun comme nous l'expliquerons dans une autre étude.

³⁾ Dunod, pp. 453, 484.

⁴⁾ T. VI, p. 126.

⁵⁾ Dunod, p. 484, et 490 et ss.

⁶⁾ L'auteur de cette dissertation nous apprend Maurice Perrod, *Répertoire bibliographique des ouvrages franc-comtois imprimés antérieurement*, à 1790, Paris

Il disait que dans ce cas „l'héritage ne doit pas suivre le sort des meubles et acquêts comme dans le Duché, mais appartenir au plus proche du côté et de la ligne d'où procède l'héritage à l'exclusion soit des ascendants soit des collatéraux de l'autre ligne”.

En d'autres termes, l'anonyme faisait de la coutume de Franche-Comté une coutume de côté et ligne.

Voilà donc une même coutume, celle de Franche-Comté, qui a été, tout à tour, de tronc commun, de simple côté, souchère, enfin de côté et ligne dans la terminologie de ses commentateurs.

Mais qui ne voit que, même dans l'opinion qui admet le caractère de côté et ligne qu'aurait pris cette coutume au XVIII^e siècle, il ne s'agit nullement d'une coutume de côté et ligne pareille à celle de Paris — mais d'une coutume de tronc commun coiffée d'une coutume de côté et ligne par rapport au *de cujus* ¹⁾.

Que l'on se garde par conséquent de ces mots vagues: „coutumes souchères”, „coutumes de côté et ligne” qui rassemblent sous des épithètes communes des choses très différentes.

Et, du coup, nous avons la clef des difficultés qui se sont élevées sur des coutumes de Sens et d'Auxerre — et aussi sur celles de Nevers — et nous pouvons deviner ce qui s'est passé pour bien d'autres.

La coutume de Sens, aussi bien dans sa rédaction de 1506, article 59, que dans sa rédaction de 1555 art. 84, est une coutume de tronc commun. Elle nous dit „quant aux propres, ils ensuivent le tronc de leur père, mère et autres desquels ils sont advenus” ²⁾, et l'article relatif au retrait lignager ne laissait aucune ambiguïté. Il n'était ouvert qu'aux personnes „lignage et branchage du côté et ligne dont les héritages ou choses immeubles lui sont advenus” ³⁾.

1912, n^o. 707, p. 119, était Jean Claude Le Michault d'Arçon. Son ouvrage parut la même année que le commentaire de Dunod.

¹⁾ C'est l'avis de Bannelier. *VI*, p. 126 et semble-t-il de l'auteur lui-même de la dissertation.

²⁾ *B. D. R. III*, p. 488 et p. 512.

³⁾ *Art. 31 de la rédact. de 1506.*

Les arrêts du XVI^e siècle l'interprétaient bien dans cette acception ¹⁾).

La coutume d'*Auxerre* utilisait également des expressions très significatives qui se rapprochaient beaucoup de celles qu'avait employées la coutume du duché de Bourgogne „et quant aux héritages propres ils ensuivent le tronc et ligne du père et mère, et autres leurs ascendants desquels ils sont venus et issus ²⁾”; les articles relatifs au retrait lignager ³⁾ étaient conformes.

Aussi des jurisconsultes aussi considérables que Lebrun ⁴⁾ et Renusson ⁵⁾ déclaraient-ils, sans hésiter, que c'étaient des coutumes de tronc commun.

Au contraire Rousseau de Lacombe, dans sa première édition de 1736 le niait pour Auxerre s'appuyant sur l'article 241 qui à défaut d'enfants conférait les propres „aux frères et soeurs et autres collatéraux plus prochains des dits enfants étant de l'estoc, **costé et ligne** dont seroient procédés les dits propres”, et, dans son supplément de 1753 ⁶⁾ il citait un arrêt de 1748 affirmant que la coutume de Sens était elle aussi „coutume de côté et ligne, non souchère ni de tronc commun”.

Cette interprétation, contraire aux texte même de la coutume, avait été obtenue au moyen d'une interpolation pour la coutume d'Auxerre comme l'indiquait déjà en 1724 Bourdot de Richebourg. Le texte original de l'article 241 portait „de l'estoc et ligne” et non pas de „l'estoc, *costé* et ligne”; néanmoins Rousseau de Lacombe continue à citer sans vergogne l'article 241 interpolé.

Et c'est de la sorte que les jurisconsultes parisiens avec les

¹⁾ Bourdot de Richebourg, *III*, p. 488 cite un arrêt de 1544 qui condamne la prétention d'une partie qui voulait faire prédominer la proximité du degré sur l'estoc et qui disait „posée l'imparité du degré, la totale succession du décédé devait appartenir au plus proche en degré, encore que en icelle succession y eut bien ne venant de son estoc, ains de l'estoc et tronc d'un plus remot”.

²⁾ Art. 240 de la Rédact. de 1561, cfr. art. 13 de la rédaction de 1507; *B. de R. III*, p. 573.

³⁾ *Art. 39*.

⁴⁾ *Des Successions*, p. 152 et 153.

⁵⁾ *Ch. 2, sect. XI, n°. 4 et 6*.

⁶⁾ Je cite d'après la 3^{ème} édition de 1753: *Recueil de Jurisprudence*, v°. *Paterna Paternis*, p. 52 et 53.

coutumes de tronc commun fabriquaient des coutumes de côté et ligne.

Une telle déformation de l'ancien usage ne semble pas avoir été acceptée partout ni sans protestations. Bannelier, en 1756, continue à voir dans ces coutumes d'Auxerre et Sens des coutumes de tronc commun doublées d'une coutume de côté et ligne comme cela avait eu lieu, peut-être, en Franche-Comté, car il nous dit :

„Au défaut de parents de la ligne du tronc, c'est à dire si l'héritage n'a pas été tenu par un tronc commun, on y préfère les parents du côté et de la ligne”¹⁾.

Bannelier avait le sentiment que la même chose s'était passée pour la coutume de Nevers²⁾. Mais là, un des auteurs du travestissement parisien donné à la coutume n'était autre que Guy Coquille en personne, fort soucieux de cacher les origines bourguignonnes des usages de son pays pour les rapprocher de ceux de Paris. Notre certitude s'appuie sur un fait très simple : c'est que l'article de la coutume de Nevers qui concernait les propres avait été copié à l'origine sur celui de la coutume de Bourgogne qui établissait la succession par tronc commun³⁾.

Guy Coquille nous indique lui-même que, s'il écarte la succession par souches ou parentèles, ce n'est que malgré „l'autorité des anciens, gens de conseil de ce pays qui l'avaient tenu quelque temps en cette erreur”⁴⁾.

Vraisemblablement cet aspect de coutume de tronc commun que conserve, malgré tout, la coutume de Nevers, amena Chopin à en faire une „coutume souchère” contre la majorité des commentateurs parisiens qui la déclaraient „de côté et ligne”⁵⁾.

¹⁾ *T. VI, p. 122, 123.*

²⁾ Bannelier remarque à plusieurs reprises, *t. VI, p. 134 et 135*, que les dispositions de la coutume de Nevers avaient beaucoup de conformités avec celle du Duché et du comté de Bourgogne, *adde p. 124—125*, il y voit une coutume de côté et ligne avec préférence pour les descendants d'un tronc commun. Et un peu plus loin il précise et affirme qu'à Nevers comme en Franche-Comté, l'on préfère *les parents de la souche le plus récente*.

³⁾ Ce premier projet de 1490 copiait beaucoup d'articles de la coutume du Duché. Il n'y eut dans la rédaction postérieure que des différences insignifiantes.

⁴⁾ *Guy Coquille, Les coutumes du pays et duché de Nivernais Paris 1610, p. 878 et ss.*

⁵⁾ Voir plus haut l'opinion de Bannelier conforme à celle de Chopin si l'on prend souchère dans le sens de tronc commun. Guy Coquille admettait

Si nous faisons ici un travail historique sur les anciens territoires des coutumes de tronc commun nous mettrions encore au nombre de celles-ci les coutumes de Troyes avant l'interprétation de Pithou¹⁾, les coutumes des pays de l'ancienne Bourgogne qui sont restées dans la Suisse-romande entre autres celles du Valais²⁾ et du pays de Vaud. Nous y ajouterions, en passant de l'autre côté de la Bourgogne, les coutumes de Lorris Montargis et de Melun, et peut-être aussi, celles du Bourbonnais et du Berry, si proches de celles de Lorris³⁾.

Remontant à l'Est nous nous demanderions si les „Revestissements de ligne de la Lorraine et pays voisins ne sont pas, sous un autre nom, à l'origine, des usages semblables⁴⁾.

d'ailleurs que la coutume de Nevers était restée souche au point de vue du retrait lignager. Lefebvre, *L'ancien droit des successions*, II, 1918, 107.

¹⁾ Cela se voit dans l'interprétation que Pithou donne encore non pas de la succession ab intestat, mais de l'article 144 du Retrait: *B. D. R. III*, p. 250, voir Pithou, *Commentaires sur la coutume de Troyes*, p. 374, après les mots „du côté” il ajoute „supposé qu'il ne soit de l'estoc et branchage mais seulement du côté et ligne du vendeur”. Legrand, dans son *commentaire sur la coutume de Troyes*, Paris 1737, p. 226, déclare que Pithou parle comme si la coutume employait les mots „côté, tronc, souche, ramage”, mais il ajoute que: „c'était l'interprétation commune du temps de Pithou”.

²⁾ Pour le Valais on voit la règle du tronc commun se former à la fin du XIV^e siècle; *Aucuns cas de coutume: Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire de la Suisse Romande*, t. XXXII, p. 557. Le droit romain remplacera assez vite cette pratique. Pour le pays de Vaud le tronc commun nous semble avoir duré jusqu'à la conquête Bernoise, à Neuchâtel encore plus tard.

³⁾ Nous en parlerons plus loin à l'occasion des coutumes de branchage. Pour le Berry voir ce que dit Brunel dans l'ouvrage (cité p. 46 note 1) p. 540 et 541. Suivant Bannelier qui nous paraît bien donner le sens ancien de l'expression „le mot ligne emporte la branche”, t. VI, p. 105 „la branche étant une sousdivision de la ligne, une émanation de la souche”, t. VI, p. 117, 118. Brunel insiste longuement sur ce sens des mots „lignes, branches, estoc souches”.

⁴⁾ *Coutumes de l'évêché de Metz*, livre XI, art. 13, *B. D. R. II* p. 421. Les plus principales et générales coutumes du Duché de Lorraine de 1519, p. 104 et 105 nous indiquent que dans ce cas de revêtement des lignes les biens ne remontent pas „car audict cas ce n'est par remonter, mais est raller à ceux contre qui les biens ont esté partis ensemble”. Les biens retournent à ceux qui les avaient eus auparavant puis redescendent sur les lignes. Ce qui me paraît bien être le procédé d'une coutume de tronc commun. L'article 5 titre IX des anciennes coutumes de Lorraine, *B. D. R. II*, p. 1107, est des plus

De pareilles recherches dépasseraient de beaucoup les cadres de cette étude. Qu'il nous suffise d'indiquer dès maintenant, avant d'examiner les coutumes de représentation à l'infini, qu'il existait autour du Duché tout un massif de coutumes favorables aux parentèles. Merlin cherchait à les éliminer et à les faire disparaître dans les coutumes de côté et ligne; Berlier était de l'autre école.

B. LES COUTUMES DE REPRÉSENTATION A L'INFINI.

Continuons au travers de la France coutumière de dépister les traces des parentèles. Elles vont nous mener dans les pays de représentation à l'infini au Sud, à l'Ouest et au Nord de Paris.

Représentation à l'infini. Le mot et la chose sont bien connus. Le lecteur les a rencontrés en Bourgogne dans la succession des meubles et acquêts et vu le mécanisme de cette représentation. Il s'agit maintenant d'examiner son fonctionnement pour les propres. Et tout de suite l'on constatera que l'intelligence en présente des difficultés: Les auteurs donnant des coutumes de représentation à l'infini des définitions nettement contradictoires. Les uns affirmant que pour la dévolution des propres l'on doit remonter au premier acquéreur; les autres le niant expressément.

Voyez plutôt:

Guyné déclare que dans ces coutumes „on regarde plutôt l'habileté de succéder” au premier acquéreur que la parenté avec le *de cujus*. „On défère l'héritage propre à celui d'entre les héritiers du défunt qui représente la personne plus proche *de celui qui a mis l'héritage dans la famille*” ¹⁾ et Merlin, avec sa précision ha-

nets „et quant aux héritages anciens, par ce qu'ils *doivent suivre le tronc et souche* d'où ils sont descendus, fourchoient, retournans aux parens de l'estoquage des lignes dont ils sont mouvans..... et sont telles formes de successions communément dites et appelées Revestement de ligne”. *B. D. R. II, p. 1107*. Ces textes visaient le premier tronc commun et nullement le 1er acquéreur comme plus tard le diront à tort les commentateurs lorrains du XVI^e siècle. Il en résulte que les autres coutumes qui admettent le principe du revêtement de lignes, comme Marsall, *art. 61, B. D. R. II, p. 1167*, supposent la dévolution par parentèles.

¹⁾ *Traité de la représentation, p. 310, adde pp. 116, 117*. Guyné et après lui Merlin, invoquaient l'article 5 du titre 9 de l'ancienne coutume de Lorraine citée plus haut: „Et quant aux héritages anciens, pour qu'ils doivent suivre le

bituelle, de noter que, dans ces coutumes, „on a fait toujours remonter le prétendant à l'auteur de sa ligne où s'arrête un degré de parenté de celui-ci avec l'acquéreur, et l'on ne se met nullement en peine en quel degré est l'héritier qui le représente avec le défunt à qui il est question de succéder" ¹⁾).

Denizart donne la même définition „dans ces coutumes, dit-il, il n'y a point de doute qu'on ne doive préférer les descendants du premier acquéreur en quelque degré qu'ils se trouvent" ²⁾).

Ce procédé frappe tellement Bannelier qu'il s'en étonne. Il déclare que dans les coutumes de représentation à l'infini l'on semblait s'occuper de la succession du premier acquéreur plutôt que de celle du *de cuius*. L'on procède „comme s'il s'agissait de succéder immédiatement au premier acquéreur. On s'y occupe des souches sorties de lui et des chefs de ces mêmes souches — ce qui, ajoutait Bannelier, n'a nul rapport avec nos usages de Bourgogne" ³⁾. Retenons cette observation de Bannelier, elle est très importante.

Certes il ne l'aurait pas faite q'il avait eu dans l'esprit la définition que donnent Renusson, Jacquet et Pothier des coutumes de représentation à l'infini: „Dans ces coutumes (dit Renusson), l'on ne recherche point l'acquéreur et celui qui a mis originaiement l'héritage en la famille (on voit la contradiction avec Merlin et Guyné) — mais, continue Renusson, on regarde la souche.... Quand il n'y a personne de la souche du père, la

tronc et souche d'où ils sont descendus, retournent aux parents de l'estocade des lignes dont ils sont mourans et descendans"... on insiste sur les mots „descendus" qui font penser au premier acquéreur mais il n'est pas probable que tel fut le sens ancien. Abraham Fabert dans ses *Remarques sur les coutumes générales du Duché de Lorraine et bailliage de Nancy, Vosges et Allemagne. Metz, 1657*, nous dit, p. 201, que „c'est selon le droit que les propres suivent les branches d'où ils sont venus" ce qui éveillerait l'idée d'une coutume de branchage. Toutefois à son époque on remontait au premier acquéreur „l'on ne regarde pas, dit-il, la proximité mais l'estoc; non la Parentèle seulement, mais la source et la descente des biens, p. 209. La transition de l'une à l'autre idée ressort de la comparaison des deux façons de lire ce même article 5. Voir la note précédente.

¹⁾ Merlin, *Répertoire*, V^o. Paterna, sect. II, § III, art. IV, p. 415, 416 de l'édition de 1827.

²⁾ *Collect. de décis*, Paris, 1775, V^o. propres.

³⁾ T. VI, p. 127.

succession est déferée à ceux qui sont de la souche de l'ayeul et ayeule paternelle, en distinguant néanmoins de qui les biens procèdent, et ainsi toujours, en remontant de souche en souche. *C'est en souchetant qu'on peut montrer lignage* ¹⁾''.

Et pour que l'on ne puisse se méprendre sur la signification de cette succession par souches, qui est bien une succession par parentèles, il explique, par des exemples, que les souches succèdent l'une après l'autre „s'il n'y a point ni frères ni soeurs germains ni consanguins, ni descendants d'eux, succéderont les oncles et tantes du défunt du côté paternel ou leurs descendants par représentation; s'il n'y a ni oncles ni tantes ni descendants d'eux, succéderont les grands oncles et grandes tantes ou leurs descendants par représentation. Et ainsi toujours en remontant de souche en souche''.

L'on ne peut s'empêcher de remarquer que ce système ressemble étrangement à celui des coutumes de tronc commun et fort peu à celui de Merlin et de Guyné.

Et Renusson n'est point seul à nous fournir cette définition; nous la trouvons également dans les commentateurs des coutumes de représentation à l'infini: tel Jacquet qui a étudié la coutume de Touraine et dans Pothier lui même.

Jacquet ²⁾ nous dit à plusieurs reprises:

„Il ne faut pas, dans les coutumes qui admettent la représentation à l'infini en ligne collatérale, chercher le chef des deux lignes et des deux contendans entre eux, mais le chef du défunt *de cujus* avec chacun des contendans en particulier, *sans remonter plus haut*; et celui des contendans qui se trouve le plus proche parent du défunt et *dans la cellule* la plus proche avec celui-ci doit être préféré.”

Bien significatif est ce mot „la cellule” qui désigne ici la parentèle. Plus loin Jacquet déclare encore très nettement:

¹⁾ Renusson, *traité des propres*, 4^e éd. Paris 1733, p. 172.

²⁾ *Abrégé du commentaire de la coutume de Touraine*, t. II, 1761, p. 219. Plus loin „il n'est pas nécessaire d'être descendu de celui qui a fait l'acquêt pour y succéder... il suffit d'être de l'estoc et branche de l'acquéreur quoiqu'on ne soit pas descendu de celui qui a fait l'acquêt”, p. 223. En d'autres termes, il suffit d'être du côté et ligne, du 1^{er} acquéreur. Toute l'opération est très différente de celle indiquée par Merlin.

„On ne cherche pas, dans les coutumes de représentation à l'infini en ligne collatérale, l'acquéreur ni celui qui a originairement mis l'héritage dans la famille; on ne s'attache qu'à la souche. Quand il n'y a personne de la souche du père, la succession est déférée à ceux qui sont de celle de l'aïeul ou aïeule maternelle, etc.”

Pothier nous donne des exemples qui prouvent la même conception.²⁾

Ainsi, suivant les uns, dans les coutumes de représentation infinie l'on ne s'occupe que du premier acquéreur — suivant les autres l'on ne s'occupe pas du premier acquéreur, mais du plus proche tronc commun, en se contentant d'exiger une vague parenté de côté, entre ce tronc commun et le premier acquéreur, ce que ne font pas les véritables coutumes de tronc commun qui se contentent de la parenté paternelle ou maternelle du côté du *de cujus*.

Entre des textes si opposés, il n'est pas impossible de trouver un sorte de conciliation apparente — On peut essayer de les rapporter à deux opérations très différentes que pouvait exiger, suivant les cas, la dévolution successorale. L'une fixait les droits des divers chefs de branches par rapport au premier acquéreur, l'autre se passait à l'intérieur de chaque branche.

C'est l'établissement de la première série que viseraient les auteurs quand ils nous disent que dans les coutumes de représentation infinie on calcule toujours la parenté par rapport au premier acquéreur. Il faut se rappeler que les coutumes de représentation infinie sont en principe des coutumes de côté et ligne. Les successibles du premier acquéreur sont non seulement ses descendants, mais aussi ses parents de côté (collatéraux descendants). Il faut donc retrouver la liste des descendants et collatéraux immédiats du premier acquéreur. Ils reçoivent le nom de chefs de branche. Ils ont l'habileté de leur parentèle: celle des enfants descendants passe avant celle des frères, celle des frères avant celle des grands oncles, etc.³⁾

¹⁾ P. 224.

²⁾ Pothier, *traité des successions*, édit. Bugnet, t. VIII, p. 89; il indique que les descendants du père excluent ceux de l'aïeul, ceux-ci ceux du bisaïeul, *in infinitum*, que néanmoins il faut être de la ligne d'où le propre procède.

³⁾ Dans les coutumes de représentation à l'infini, déclare Merlin, V^o „*Paterna*” entre différents héritiers d'un défunt qui sont tous parents du côté de l'acquéreur,

Cette première opération, n'aura lieu que si la lignée d'un chef de branche est complètement éteinte. Au contraire, si à l'intérieur d'une lignée de chef de branche il y a des descendants et des sous-ramifications de descendants, les successibles de cette branche viendront seuls à la succession du défunt, en remontant de souche en souche jusqu'au chef de branche. Renusson et Jacquet viseraient surtout cette seconde opération et il est clair que, dans ce cas, l'on ne s'occupe pas du premier acquéreur ni de la parenté avec le premier acquéreur, mais d'épuiser la lignée du chef de branche. Merlin songe à ce concours entre les descendants d'un même chef de branche, d'une même ligne particulière, lorsqu'il dit :

„Les propres sont affectés à une ligne particulière soit paternelle, soit maternelle. Les parents qui la composent, peuvent seuls y prétendre, et, par conséquent, ce n'est qu'entre eux qu'il peut être question de savoir si une branche plus éloignée doit être admise, en vertu de la représentation, à concourir avec une branche plus prochaine; question dont la négative ne peut souffrir le moindre doute au moins en thèse générale.¹⁾

Cette double opération nous est prouvée par Guyné, bien qu'il ne s'explique pas bien nettement là-dessus, mais les exemples qu'il donne entr'autres, la généalogie des Boucher, parlent assez clairement²⁾.

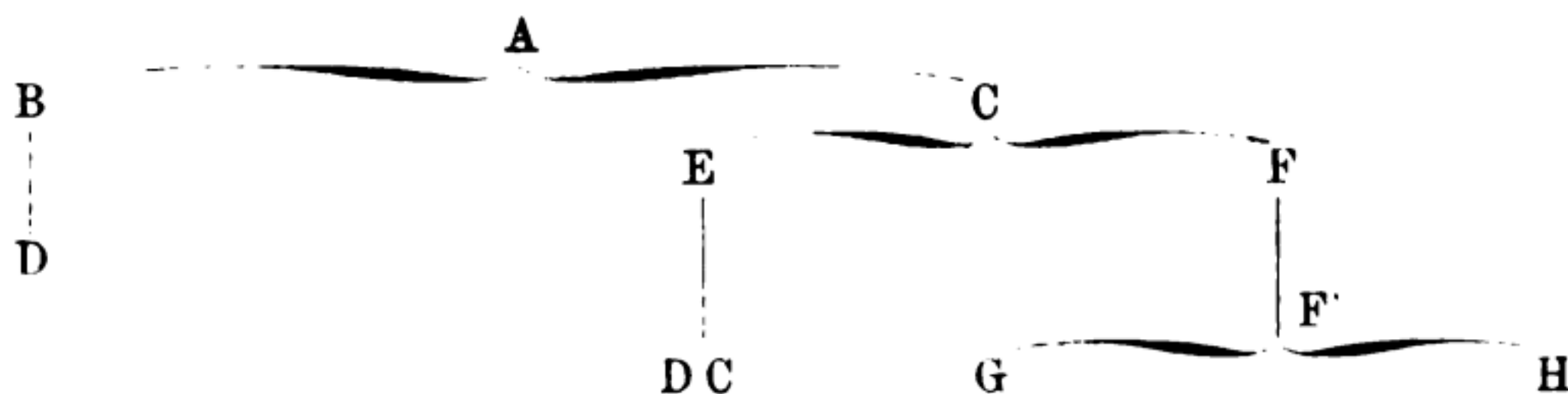
Il s'agit d'un premier acquéreur, Jean Boucher (A) qui a laissé deux fils:³⁾ Germain Boucher (B) et Claude Boucher (C): ce sont les deux chefs de branche. Le premier Germain Boucher (B) a eu un enfant, Catherine Boucher (D). L'autre Claude Boucher (C)

ceux qui descendent par exemple d'un frère de celui-ci, doivent exclure les descendants de son cousin germain, quoique plus proches en degré; par ce que les descendants du frère étant mis, par l'effet de la représentation infinie, à la place du frère même, se trouvent forcément plus proches que les représentants du cousin germain.

¹⁾ *Répertoire*, V° *Représentation*, section II § IV.

²⁾ Guyné, p. 296 Cette généalogie avait déjà été proposée par Renusson.

³⁾ Voici le schéma de la succession Boucher



a eu deux filles, l'une Marguerite (E) qui a épousé François Bonnard d'où est venu un fils François Bonnard, le *de cujus* (D C) de la succession, duquel il s'agit.

La seconde fille Marie Boucher (F) a épousé Pierre Martin. L'enfant de cette union est Vincent Martin décédé (F') qui a lui-même comme filles Marie et Aimée Martin (G. et H).

François Bonnard (D), Marie et Aimée Martin (G. H) prétendent à la succession de François Bonnard, de *cujus* (D. C)

Ces trois parents sont tous au 5° degré du *de cujus*. Aussi la coutume de Paris leur attribuait à chacun un tiers de la succession.

Dans les coutumes de représentation infinie, ils descendent bien tous de chefs de branche (B et C) au 1er degré du 1er acquéreur A. Mais le défunt D. C se trouve à l'intérieur de la parentèle de C (Claude Boucher) qui n'est point évacuée car il reste encore deux descendants G et H de la souche C.

C'est le plus proche tronc commun par rapport à G et H et, tant que les descendants de la parentèle issue du tronc commun le plus proche du *de cujus* sont là, l'on ne peut remonter à une parentèle plus éloignée, celle de Jean Boucher, le premier acquéreur.

Ideé exprimée par Guyné quand il déclare que „l'effet de la représentation infinie est de donner à tous les descendants de chaque ligne, l'avantage et le pouvoir d'exercer les droits de leur chef de ligne”¹⁾. Ici le chef de ligne de G et de H est C et D ne peut exercer les droits de B car la descendance de C existant encore, B n'a point de droits.

Guyné qui nous livre cet exemple connaissait la définition que Renusson avait donnée sur la dévolution dans les coutumes de représentation à l'infini car il en cite une partie, celle qui déclare que dans les coutumes de représentation à l'infini l'on ne peut arriver à une souche supérieure qu'après avoir épuisé la source inférieure. Mais nous remarquons qu'il se garde bien de rapporter le passage de Renusson spécifiant que l'on ne s'occupait nullement du premier acquéreur.

S'il n'y a donc pas une opposition aussi forte qu'on pourrait

¹⁾ Merlin cite une phrase typique que le jurisconsulte Cuvelier avait fait accepter au grand conseil de Malines „La ligne descendante du premier acquéreur doit être évacuée avant de venir à ses parents collatéraux”. *Répertoire*, V° *Paterna*.

le croire au premier abord entre les définitions de Guyné et de Renusson, il subsiste néanmoins une différence très importante.

Avec Jacquet, Renusson et Pothier, l'on remonte de tronc commun en tronc commun, sans s'occuper du 1er acquéreur, sinon pour maintenir avec lui une vague parenté de côté. Leur système permet de suivre plus rigoureusement, en fait, les personnes qui ont eu les propres en mains à la suite l'une de l'autre.

Avec Guyné et Merlin, peu importe que le plus proche tronc commun ait eu ou non le propre en mains pourvu que le successeur et lui descendent du premier acquéreur¹⁾.

Il est plus facile de suivre l'ordre rigoureux et naturel des parentèles de côté du premier acquéreur puisqu'on n'exige pas que les divers troncs communs aient eu le propre en mains.

Dans un système la dévolution repasse par le chemin que le propre a suivi, en remontant²⁾; dans l'autre la dévolution est indépendante des aventures successorales du propre.

Dans l'un la succession repose sur une sorte de présomption d'ancienneté du propre, présomption qu'on ne scrute pas. On prend le propre tel qu'il vient du tronc commun³⁾. L'autre demande une origine.

Le 1er procédé est apparenté à celui des coutumes du tronc commun. L'autre se rapproche de celui de la coutume de Paris.

Le premier semble bien conforme à ce qu'a dû être jadis la succession des propres anciens; le second semble emprunté à la succession des acquêts ou plutôt des propres naissants.

Il serait certes intéressant de rechercher le pourquoi de cette différence notable que présentent entre elles les coutumes de représentation à l'infini et la réponse nous donnerait sans doute l'origine du prétendu caractère féodal de la succession des propres dans notre ancien droit. Contentons nous d'avoir facilité la solution en posant le problème⁴⁾.

¹⁾ Guyné, p. 312.

²⁾ Boucheul, *Contumier général avec commentaire sur la coutume du Poitou*. t. II, 1727, N^o. 61, emploie une phrase significative; „l'on remonte et l'on refourche à l'infini et jusqu'à ce que l'on ait trouvé des lignages capables de succéder à l'espèce de biens”.

³⁾ Je ne puis entrer dans les détails, j'indique ce qui paraît caractériser les deux systèmes.

⁴⁾ Nous espérons pouvoir les traiter dans une autre étude. Disons de suite que le procédé du tronc commun est plus ancien que l'autre, sans nous offrir

Notre objet c'est de découvrir les parentèles. Or, soit par le procédé du tronc commun, soit par le procédé de la représentation du premier acquéreur, l'on arrive dans les deux cas à un résultat pareil¹⁾: le maintien de la succession par parentèles, bien que les parentèles bénéficiaires ne soient point toujours les mêmes. En outre, il faut remarquer que le système abstrait qui remontait au premier acquéreur amenait un rapprochement très sensible entre les conceptions du propre et celles de l'acquêt. Nous nous apercevrons de ce résultat quand nous étudierons la fente.

Ainsi, l'ancien droit nous a laissé deux systèmes de représentation infinie: la représentation infinie du premier acquéreur, et de ses descendants directs ou de côté — et la représentation infinie des divers troncs communs.

Ce dernier mode de dévolution portait un nom particulier, car les anciens praticiens avaient très bien aperçu les différences de cette représentation du tronc commun d'avec la représentation du premier acquéreur, ils nommaient les coutumes qui l'avaient adoptée des coutumes de branchage.

C. LES COUTUMES DE BRANCHAGE.

L'étude de ces coutumes de branchage va nous apporter des compléments d'information.

Nous ne trouvons pas à leur sujet d'énumération complète, elle est presque impossible. Merlin²⁾ nomme parmi les plus caractéristiques la coutume de Bayonne dont les articles sont très

néanmoins le type de la succession primitive du moyen-âge qui n'était, pensons nous, qu'une coutume de simple côté déférée au parent le plus proche suivant l'ordre des parentèles.

¹⁾ Guyné, p. 123, explique que, dans le système de la représentation du chef de branche, le neveu et le petit neveu excluent l'oncle „parce que la représentation leur donne toujours la faculté de remonter jusqu'à leur auteur qui était le frère du défunt”, voir aussi, p. 320. Bannelier, t. VI, p. 232, déclare que dans les coutumes de représentation infinie comme dans les coutumes de tronc commun „on épuise la branche la plus récente, avant que de remonter aux autres”. Voir aussi, *ibid* p. 127.

²⁾ Merlin, V^o *Paterna* dans le *Répertoire*, de Guyot, p. 517 et ss. et dans le *répertoire de Merlin*, éd. 1827, p. 392 (section II, § 3, art. 1).

explicites ¹⁾ et la coutume d'Angoumois ²⁾, celle d'Acqs ³⁾ et celle de Bretagne ⁴⁾. Lebrun ⁵⁾ y ajoute les coutumes de Touraine et celle du Poitou il faut, peut-être, y joindre celles du Maine et de l'Anjou ⁶⁾ du moins à l'époque de leur rédaction, car Renusson les cite comme type du mode de dévolution qui remonte de branchage en branchage, procédé que nous avons examiné plus haut ⁷⁾.

Avant d'essayer de préciser le domaine de ces coutumes du branchage, rappelons une fois de plus leurs caractéristiques: Merlin les a mentionnées dans la seconde édition du Répertoire de Guyot, en s'appuyant sur Souchet, le commentateur de la coutume d'Angoumois ⁸⁾.

„L'attention qu'ont eu les rédacteurs de cette coutume de donner la préférence aux branchages, rapporte Souchet, prouve qu'ils ont voulu que, dans la succession d'un patrimoine de ligne, les parens du branchage ou de la subdivision *fussent épuisés* avant que ceux de la branche dussent être appelés au partage et que la même règle fût suivie à l'égard des parents de la ligne ⁹⁾.”

„Fussent épuisés”: nous avons souligné ce mot en nous rappelant

¹⁾ Titre 12, art. 24 „Succession des biens avitins ou de conquêts faits par les père et mère devant leur mariage solennisé, ne monte jamais, en droite ligne, ou en transversale, tant qu'il y a des parents collatéraux du décédé en pareil branchage, ou plus bas branchage transversal, que le décédé descendant du tronc de l'acquéreur” B.D.R. IV, p. 956.

²⁾ Art. 94, „En succession, s'il y a biens de diverses lignes et branchages lesdits biens suivent les branches dont ils sont issus”. B.D.R. IV. p. 848.

³⁾ Titre II, art. 21 et 28, B.D.R. IV, pp. 914—915.

⁴⁾ Les propres doivent retourner à la ligne et au ramage d'où ils sont partis. Burgot *La dévolution héréditaire en Bretagne; thèse* 1905.

⁵⁾ Lebrun, *Des successions*, p. 153 et 155.

⁶⁾ Voir plus haut, p. 35. Toutefois Dupineau dans son commentaire sur la coutume d'Anjou parle du premier acquéreur.

⁷⁾ P. 35 et 36 note 1.

⁸⁾ T. II, p. 274, d'après Merlin.

⁹⁾ Art. 94 „En succession, s'il y a biens de diverses lignes et branchages, lesdits biens suivent les branches dont ils sont issus”. *Coutumes d'Angoumois*, B. D. R. IV, p. 848. „Les coutumes de branchage, rapporte Guyné, *op. cit.*, p. 314, ne limitent pas le droit de succéder au descendants de l'acquéreur comme les coutumes souchères, il suffit d'être du branchage; cela désigne les héritiers du côté dont les héritages sont advenus: mais admettant la représentation infinie entre les héritiers du branchage, il faut nécessairement que ceux qui descendent de la branche la plus proche, excluent ceux qui descendent d'une branche plus éloignée”.

que Rousseau de Lacombe faisait de cet épuisement de la souche inférieure à la souche supérieure la caractéristique des coutumes de tronc commun.

La terminologie est presque la même :

„Les héritages suivent..... la ligne du tronc de laquelle ils sont issus” déclarait la coutume de tronc commun du Duché de Bourgogne.

„Les dicts biens suivant les branches dont ils sont issus” répond comme un écho fidèle l'article 94 de la coutume d'Angoumois.

Les coutumes de branchage d'Angoumois et de Bayonne semblent même avoir appliqué à cette nécessité d'épuiser une branche avant de passer à une autre branche, un vieil axiome que Loysel nous rapporte aussi en en modifiant le sens „tant que la ligne a souche elle ne se fourche”.

Sur ces coutumes de branchage l'on peut se poser un certain nombre de questions.

I. *Toutes les coutumes de représentation à l'infini sont-elles des coutumes de branchage?*

II. *Les coutumes souchères peuvent-elles être des coutumes de branchage?*

III. *Les coutumes de côté et ligne sont-elles toutes des coutumes de branchage?*

I. *Toutes les coutumes de représentation à l'infini sont-elles des coutumes de branchage?* Certainement non à l'époque de Guyné et Merlin ¹⁾ car la définition qu'ils nous donnent des coutumes de représentation à l'infini ne convient pas aux coutumes de branchage. Mais, en fait, dans le sud ouest, le centre et l'ouest de la France nous pouvons dire que beaucoup et même presque toutes les coutumes de représentation à l'infini sont des coutumes de branchage qui, elles-mêmes, paraissent une simple variété des coutumes de tronc commun ²⁾.

II. *Une coutume de branchage peut-elle être une coutume souchère?* Merlin éveille ce petit problème au sujet de la coutume du Hainaut dont Dumoulin et Lebrun faisaient une coutume souchère.

¹⁾ Pour l'époque antérieure au XVIIe siècle très probablement oui.

²⁾ Il faudrait un examen particulier pour les coutumes du Nord et des Flandres. Pour l'Artois nous fournissons des indications, p. 59 note 5.

Or, un fait certain c'est que la coutume de Hainaut était une coutume de branchage dans les applications qu'en faisait la jurisprudence.

Merlin en conclut que c'est une coutume de côté et ligne. Car, dit-il, c'est son principal argument, „tous les jurisconsultes opposent les coutumes souchères aux coutumes de côté et ligne et ne font des coutumes de branchage qu'une espèce particulière de celles-ci” ¹⁾.

Au premier abord, cette affirmation peut surprendre. Mais elle concorde pleinement avec les différences que nous avons trouvées entre les coutumes de représentation du premier acquéreur et les coutumes de branchage. Il n'est pas possible avec le branchage, de se maintenir dans la ligne exacte des descendants d'un premier acquéreur et d'exiger en même temps que chaque chef de souche, chaque tronc commun ait eu le propre en mains. Il faut opter.

Merlin a raison, les coutumes souchères ne peuvent être de branchage, par ce que le jeu de la coutume de branchage ne s'adapte pas à la rigidité des exigences de la coutume souchère qui n'appelle que les descendants du 1^{er} acquéreur.

Mais le raisonnement de Merlin n'est vrai qu'à une condition : c'est de faire de toutes les coutumes souchères des coutumes qui remontent au premier acquéreur et n'appellent que des descendants du premier acquéreur.

Or tel est-il le sens premier des coutumes souchères? Merlin nous donne une liste de coutumes qui n'est pas longue : il n'y a, dit-il, que quatre coutumes qui soient certainement souchères : ce sont les coutumes de Melun, art. 264, de Dourdan, art. 116, de Mante, 167, et de Montargis, art. 3 du chapitre 15.

Dans ces quatre coutumes souchères, il y en a deux qui, certainement, ne remontent pas au premier acquéreur : ce sont Montargis qui n'appelle que les parents auxquels les héritages sont propres et *retrayables* — il ne suffit pas comme le remarque Dumoulin qu'ils soient naissants — et Melun qui dans son article 264 n'appelle „que les héritiers de ceux auxquels les héritages *avaient appartenu*”, donc les héritiers d'un tronc commun et nullement ceux d'un premier acquéreur ²⁾.

¹⁾ *Répertoire de Guyot, V^o Paterna, p. 398.*

²⁾ Merlin oppose à tort l'article 137 qui exclut les collatéraux ascendants et qui se rapporte au propre naissant. Il est tout naturel que cet article

Aussi certains auteurs voyaient-ils dans la coutume de Melun une coutume de tronc commun.

Si nous nous rappelons que l'on a appelé „souchères” les coutumes du Duché de Bourgogne, de Franche-Comté, du Nivernais, de Touraine et du Hainaut, etc., coutumes dont les trois premières ont été certainement de tronc commun et dont les deux dernières sont certainement de branchage, — la question qui se pose à nous est celle de savoir si quand on nous dit que toutes les coutumes ont été souchères avant d'avoir été de côté et ligne, on ne pense pas à des coutumes de branchage ou de tronc commun — dans lesquelles la succession du propre était déférée aux descendants de celui qui l'avait tenu, et cela en remontant de souche en souche? ¹⁾. Et sans vouloir ici examiner le problème — dont pour nous la solution affirmative paraît presque certaine, je signale qu'il donne tout de suite une très grande extension à la succession par parentèles — et qu'il fait disparaître, à un certain point de vue, la différence des coutumes souchères et de celles de côté et ligne puisque les coutumes de branchage sont souchères par rapport au tronc commun et de côté et ligne par rapport au premier acquéreur, tandis que les coutumes de tronc commun sont souchères, elles aussi par rapport au tronc commun et de côté et ligne par rapport au *de cujus*, en ce sens que le descendant successible du tronc commun peut n'être et n'est souvent qu'un collatéral du *de cujus*.

La troisième question qui reste à examiner semble avoir soulevé l'indignation de Merlin.

n'appelle que les descendants de l'acquéreur — puisque le bien n'est propre que par rapport à eux. Brunel, p. 541, voit aussi non seulement dans les coutume de Lorris-Montargis une coutume de branchage mais il attribue la même qualité à la coutume de Dourdan en s'appuyant sur ses articles 117 et 118.

¹⁾ Car autrement comment comprendre que la coutume de Bretagne soit rangée dans les coutumes souchères d'estoc et branchage. Georges Burgot. *La dévolution héréditaire en Bretagne*, 1905, p. 92. Les mots estoc et ligne caractérisaient les coutumes souchères: *Bannelier*, VI, p. 134. Brunel, dont l'ouvrage est cité à la note suivante, déclarait nettement que „dans les coutumes souchères on appelle ceux qui sont descendus de celui qui les a mis en ligne” et il ajoutait „cela n'empêche point qu'entre ces descendants on ne passe division et subdivision de souches et branchages dont les héritages sont procédés, dans le même ordre et suivant les classes d'habileté ci-dessus exposées” p. 466.

III. *Toutes les coutumes de côté et ligne sont-elles des coutumes de branchage?*

Saluons le vieux jurisconsulte artésien Brunel ¹⁾ qui a eu le courage, en plein dix-huitième siècle, de formuler cette question — audacieuse — et de renouer la tradition qu'avaient obscurcie, en tant d'endroits, les commentateurs subtils de la coutume de Paris.

Lancée au déclin de l'ancien régime, au moment où le Parlement parisien redoublait d'audace pour imposer ses conceptions, l'affirmation de Brunel peut paraître paradoxale. Elle fera dresser l'oreille à tous ceux qui se soucient d'établir les origines de la dévolution de la loi de Nivôse — car elle ne tendait à rien moins qu'à prétendre que la dévolution par parentèles s'appliquait encore à toute la France coutumière, et cela presque à la veille de la Révolution.

Merlin conteste vigoureusement cette hardiesse de Brunel. Il est curieux de voir le jurisconsulte qui sera plus tard l'un des principaux inspirateurs de la loi de Nivôse rejeter le système des parentèles et de la représentation infinie comme il le fera encore en 1790.

Avant tout, il se place au point de vue de la jurisprudence et il cite triomphalement quatorze arrêts et deux sentences qui repoussent le branchage dans les coutumes de côté et ligne qui ne sont pas de représentation infinie.

Quatorze arrêts, deux sentences! Voilà un chiffre considérable. Il prouve que si la jurisprudence parisienne défendait son point de vue, il était néanmoins fort attaqué.

Il n'est pas sans intérêt de rechercher dans quels pays la lutte fut la plus forte. Ce fut dans les pays du Nord. Nous rencontrons un arrêt pour Amiens ²⁾, cinq pour le Ponthieu ³⁾ en y comprenant

¹⁾ Th. Brunel, avocat au Parlement. *Observations notables sur les règles et principes du droit coutumier, touchant les matières les plus importantes des droits des seigneurs, des retraits féodal et lignager, des successions Saint Omer, M. D. Fertel, 1724, in. 4°. C'est au chapitre V pages 439 à 695 qu'il s'occupe particulièrement de la question. J'ai pu retrouver et consulter cet ouvrage mentionné au Catalogue général des livres de la bibl. Nationale, t. XX p. 667, F. 13.282.*

²⁾ 26 janvier 1536. Du moins Dumoulin le cite dans son interprétation de l'article 40 de l'ancienne coutume. Sur cet arrêt, Brunel *op. cit.*, p. 555.

³⁾ 4 août 1571, 28 mars 1600 confirmant une sentence des requêtes du palais du 17 Juillet 1598 — 7 janvier 1619.

les deux sentences rendues par la sénéchaussée en 1627 et 1710. Le combat pour la parentèle se prolongea dans ce pays car nous y rencontrons encore en décembre 1679 et le 2 mars 1685 deux sentences du siège du Ponthieu favorables au branchage; — un arrêt pour le Boulenois¹⁾, trois pour le Calaisis et l'Artois²⁾. Le Parlement des Flandres adopte le point de vue romain et parisien le 17 février 1769 et infirme une sentence de la gouvernance de Lille qui s'était prononcée pour le branchage.

Au centre de la France un arrêt du 23 février 1703 avait statué pour la coutume de Blois, bordée à l'ouest et au Nord, nous le verrons, par des coutumes de branchage et de représentation infinie.

Enfin, pour Paris la question du branchage avait été longuement disputée. Quatre arrêts s'étaient prononcés pour le branchage; le 3 octobre 1557, le 14 décembre 1641, le 7 septembre 1642 et le 19 mai 1651³⁾.

Mais on citait en sens contraire l'arrêt des Guibert du 2 décembre 1595, l'arrêt des Grassins du 23 décembre 1595, l'arrêt Lescalopier du 22 juin 1601, 2 arrêts du 16 février 1648 et du 5 février 1656; ce dernier avait fixé la jurisprudence et avait été confirmé par d'autres arrêts du 30 janvier 1665 et du 8 mars 1678.

Les pays dont il s'agit — en laissant de côté la coutume de Paris sont, en partie, des pays hostiles à la représentation. Les coutumes de Ponthieu, de Boulogne et d'Artois la rejetaient absolument⁴⁾.

¹⁾ Du 30 avril 1664.

²⁾ Arrêt du grand conseil de Malines de 1593, du conseil d'Artois du 5 août 1702, du Parlement de Paris du 30 juillet 1718. Brunel, *op. cit.*, p. 559.

³⁾ Ces arrêts sont indiqués par Merlin. *Répertoire*, v^o *Paterna*, éd. 1827, p. 392, 398. Brunel, *op. cit.*, p. 556 et ss. en cite quelques uns.

⁴⁾ Ponthieu, art. 8, Boulonnais, art. 76, Artois, art. 60 et nouvelle coutume, art. 93. Rappelons que la coutume de Hainaut qui est de branchage exclut la représentation. Pour l'Artois, il n'y eut de modifications qu'en 1773. Voir aussi Hirschauer, *Les états d'Artois*, 1923, p. 171, note 3. Il faut joindre à ces coutumes la Gouvernance de Douai chap. 2, art. 15; St. Amand, art. 133 et Mortagne en Tournaisis, *titre des successions art. 2.* qui excluaient également toute représentation. Brunel voit dans la coutume de Tournai, ch. XI, art. 1^{er}, *B. D. R. II*, p. 955 qui excluait toute représentation en ligne directe et collatérale, une coutume de branchage.

Blois n'admet la représentation qu'en ligne directe¹⁾. Par contre, Amiens et Calais²⁾ admettent la représentation aux termes de droit.

Preuve manifeste que le branchage ne dépendait pas de la représentation — et indice probant en faveur de la thèse que nous avons soutenue plus haut que les pays du Nord avaient longtemps écarté la représentation romaine pour maintenir les parentèles³⁾.

La vieille dévolution par parentèles trouve dans l'artésien Brunel un dernier défenseur. Ses arguments ne sont pas uniquement, comme l'insinue Merlin, des arguments de principe.

Il a le sens très exact de l'ancienne terminologie „ligne, estoc, ramage, branchage”⁴⁾ et interprète en leur donnant la signification qu'ils avaient au moment de leur rédaction les articles de nos anciennes coutumes. Il s'étendait longuement sur la coutume de Paris⁵⁾ et invoquait avec raison la distinction de la proximité et de l'habileté qu'on rencontrait encore dans cette coutume⁶⁾.

Il voulait que dans chaque branchage les descendants excluent les collatéraux et les ascendants; il affirmait que lorsqu'un propre a appartenu à l'auteur d'une branche, il est par cela seul affecté à tous ses enfants et descendants — que c'est le vrai sens de la maxime „propres ne remontent pas⁷⁾”, qu'elle signifie que tous les rejetons du père ou de la mère qui a été une fois propriétaire d'un immeuble à titre successif doivent être éteints avant que d'autres parents puissent aspirer à la succession des propres.

Brunel invoquait en outre le droit naturel, ou comme il le disait „l'ordre des choses”.

Pour lui „admettre les collatéraux qui ont un père commun

¹⁾ Art. 139 et 141. Blois d'après les termes de la coutume est de branchage pour Brunel, p. 542.

²⁾ Art. 110 et. 111. D'ailleurs Calais avait adopté en grande partie la coutume de Paris. Lefebvre, *anc. droit succes.*, II, 1918, p. 49 et 50.

³⁾ Voir p. 18 note 2. Nous avons pour la Picardie un texte péremptoire qui démontre l'ancien emploi des parentèles c'est *l'ancien coutumier de Picardie*, éd. Marnier, p. 161 du début du XIV^e ou fin du XIII^e. Warnkönig, II, p. 61, Schäffner; III, p. 88. Kohler, *op. cit.* p. 350.

⁴⁾ Pp. 451, 456, 457, 535, 536 et. ss.

⁵⁾ Pp. 443, 445.

⁶⁾ Pp. 458, 443.

⁷⁾ Voir plus haut, p. 19.

avec le défunt dans une classe plus éloignée, aussi longtemps qu'il y a des collatéraux, qui ont un père commun avec lui dans une classe plus prochaine *ce serait bouleverser l'ordre des choses et faire remonter les propres vers leur source*". On croit entendre un écho des affirmations de Bouhier et de Bannelier ¹⁾).

Enfin il appelait à son aide l'équité ²⁾. Il est injuste, suivant lui, de faire venir en concurrence avec les enfants d'une branche pour la propre part de leur chef de branche les enfants d'une autre branche qui ont déjà reçu la part de leur chef de branche.

Merlin combat, après l'avoir exposée en détail, cette théorie qui renferme déjà les principaux arguments de la loi de Nivôse. Il argumente en juriste: les principes romains de la représentation lui paraissent supérieurs aux raisonnements de Brunel. „Ces idées et le vernis dont on cherche à les embellir, dit-il, ne peuvent équivaloir à des lois ni détruire les principes ³⁾).

Il avoue toutefois que cette distribution par branchages que préconise Brunel serait peut-être plus juste „à envisager les choses sous un certain aspect".

Mais il s'appuie sur ses 14 arrêts et du haut de cette masse de jurisprudence, il foudroie Brunel. L'arrangement préconisé „peut être juste, équitable, louable, mais il lui manque le suffrage de la coutume".

Au fond, il préfère le système de la jurisprudence parisienne qui lui semble plus conforme aux principes du droit romain et se console de son peu d'équité assez facilement. „Les générations se précipitent plus ou moins; l'un a le malheur de perdre son père ou sa mère avant l'autre; le hasard décide de tout par

¹⁾ Voir plus haut, p. 21 et 22. „C'est le vœu commun des pères, disait à son tour Brunel, que l'égalité, soit gardée entre les héritiers descendants" *op. cit.*, pp. 599, 605.

²⁾ L'argument était communément développé en Bourgogne; Bannelier, *FI*, p. 235 s'appuait sur „l'équité du parti d'épuiser la dernière branche".

³⁾ *Répertoire*, éd. de Bruxelles, 1827, p. 402.

⁴⁾ Brunel n'ignorait pas cette objection mais il répondait que les juges devaient statuer d'après le texte des coutumes et non d'après la jurisprudence, *legibus non exemplis*, p. 563; il montrait en outre que la jurisprudence s'était lourdement fourvoyée avec Dumoulin en confondant la règle „Propres ne remontent pas" avec la maxime *paterna paternis*, pp. 447, 511 et ss., 565; il relevait enfin les contradictions auxquelles cette jurisprudence aboutissait: p. 588.

rapport à la succession des meubles et acquêts; doit-on trouver étrange qu'il en soit de même par rapport aux biens propres entre collatéraux et lignagers?"

Réponse faible au point de vue de l'équité. L'on conçoit facilement qu'elle n'ait point emporté les suffrages de l'assemblée révolutionnaire lorsqu'elle lui fut proposée ¹⁾.

§ 2. LA SUCCESSION DES MEUBLES ET ACQUÊTS ET LA FENTE.

Toutes les coutumes qui admettaient la représentation infinie aboutissaient à une dévolution des meubles et acquêts par parentèles. Nous l'avons constaté pour la Bourgogne, il en est de même pour les autres et il nous suffit de renvoyer aux explications données. La question de la fente nous occupera davantage.

Certaines coutumes: celles d'Auvergne ²⁾ et, pendant un certain temps, celle de la Marche avaient, en quelque sorte, réalisé les meubles et acquêts et décidé qu'ils retourneraient à l'estoc dont ils étaient venus.

Dans d'autres coutumes, l'on partageait les meubles et acquêts entre les parents paternels et maternels comme on les partageait entre mari et femme dans le régime de communauté. On donnait une moitié à la ligne paternelle et l'autre moitié à la ligne maternelle: c'était la fente.

Ces coutumes étaient fort nombreuses; nous y trouvons d'abord toutes les coutumes de représentation à l'infini qui l'étaient resté à la fin du XVIII^e siècle: au centre le Maine ³⁾ et l'Anjou ⁴⁾, au sud la coutume de Bayonne ⁵⁾; à l'est celle d'Epinal ⁶⁾ et de Reims ⁷⁾ à

¹⁾ Aux trois questions que nous avons posées Brunel en avait ajouté une quatrième — une coutume de simple côté peut elle être de branchage? Il répondait avec raison affirmativement: pp. 469 et 470.

²⁾ Ch. XII, art. 4, B. D. R. IV, pp. 1164 et 1165.

³⁾ Art. 286, B. D. R. IV, p. 493.

⁴⁾ Art. 268, B. D. R. IV, p. 556.

⁵⁾ Art. 24 du titre XII, B. D. R. IV, p. 956.

⁶⁾ Titre IV, art. 6 B. D. R. II, p. 1131. Notons aussi le Duché de Bourgogne, *supra*, p. 22 et ss. où la question fut discutée. Les coutumes bourguignonnes de la suisse romande ont aussi connu la fente. Les *statuta valesia* de 1571 nous montrent une fente des acquêts entre les deux lignes. Huber, *geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, t. IV, 1893, p. 595.

⁷⁾ Art. 309 note d. B. D. R. II p. 511.

laquelle Merlin aurait dû ajouter la coutume de Metz qui partageait également les acquêts paternels et maternels et gagières entre les deux lignes ¹⁾, à l'ouest celle de Bretagne ²⁾.

Et dans le Nord du royaume: les coutumes d'Etaires, de Bourbonnais, de Bergues-Saint-Winock, et, hors du royaume: celles de Furnes, de Cassel, d'Eccloo, de Bouchante, d'Assenède, de Poperingue, de Gand, d'Audenarde et du pays de Waes que Merlin nomme également ³⁾. En outre parmi les coutumes qui pratiquent la fente tout en ayant abandonné la représentation à l'infini pour le degré, se rangent, outre la coutume de Marche déjà nommée, la coutume du Bourbonnais ⁴⁾ celle du Loudunois ⁵⁾ que tout annonce comme ayant été, elles aussi, à l'origine, des coutumes de branchage et de représentation infinie.

Merlin ne se contentait pas de cette énumération; il voulait l'élargir et déclarait que l'usage de la fente s'étendait à toutes les autres coutumes de représentation à l'infini sans exception.

Et ceci nous met sur la première piste, peut-être, des conceptions qui devaient aboutir dans son esprit au système de la loi de Nivôse.

Les auteurs, en général ⁶⁾, ne s'en sont guère douté; beaucoup citent une ou deux coutumes, Anjou et Maine, comme ayant déjà pratiqué la fente. Ils n'ont vu ni les autres coutumes ⁶⁾ ni l'ampleur de la solution préconisée par Merlin qui avant de léguer cette fente à notre Code civil par l'intermédiaire de la loi de Nivôse, voulait déjà l'établir dans l'ancien droit pour toutes les coutumes de représentation infinie — et nous savons qu'il absorbait sous cette épithète branchage et tronc commun.

¹⁾ Art. 27 du titre XI. Jager F. *De la transmission héréditaire des Biens d'après la coutume de Metz et le pays messin*. Paris 1911, p. 67. Il cite d'Abocourt, *Projet de rédaction*. Bibl. de Metz, mss. 13, f° 325 et ss. Voir aussi Dilange, *Coutumes générales de la ville de Metz*, 1730, p. 308.

²⁾ On avait déjà cette règle dans la très ancienne coutume de Bretagne éd. Planiol, 1896, p. 220; B. D. R. IV, p. 250, (art. 219). Elle est reproduite en 1539, art. 565. B. D. R. IV, p. 321; et en 1580, art. 593, B. D. R. IV, p. 399.

³⁾ Van de Walle. *Le régime successoral dans les coutumes de Flandre*, Thèse, Lille 1902, p. 94, signale également cette fente dans les coutumes flamandes.

⁴⁾ B. D. R. III, p. 1257.

⁵⁾ Ch. XXIX, art. 23, B. D. R. IV, p. 734.

⁶⁾ Il faut toutefois faire une exception pour Wahl dans le *traité des successions* de Baudry-Lacantinerie, qui a suivi l'opinion de Kohler.

L'opinion de Merlin se heurtait, il est vrai, à un adversaire redoutable qui n'était autre que Guyné.

Pour le judicieux écrivain du traité sur la représentation, celle-ci ne pouvait avoir lieu que là où existait un auteur commun. Elle permet de rapprocher le représenté d'un autre successible plus proche en degré de cet auteur commun. On ne peut, remarquait Guyné¹⁾, trouver pour les meubles un tronc commun comme pour les propres, car les meubles n'ont ni côté ni ligne.

Et il ajoutait que, dans un certain nombre de coutumes de représentation à l'infini, l'on admettait le privilège du double lien „dont l'exercice est incompatible avec ce privilège” (de la fente).

Sa conclusion c'est qu'il fallait donner les meubles et acquêts au plus proche héritier du défunt, „soit qu'il vienne de son chef, ou par représentation, sans distinction de ligne, conformément au droit écrit”²⁾ tout en reconnaissant qu'il était prêt à s'incliner si un usage contraire était prouvé.

Merlin de répondre que le privilège du double lien n'avait rien à voir avec la fente qui ne s'exerçait qu'à défaut de frères et sœurs ou de leurs descendants.

Quant au premier argument, c'était un paralogisme. Guyné supposait tranchée la question qui était posée. Avant de savoir si l'on pouvait faire intervenir la conception romaine de représentation, il fallait savoir s'il y avait fente ou non.

Nous croyons que Merlin aurait pu aller plus loin. Guyné lui-même admettait dans son bel et solide ouvrage que la règle *paterna paternis* reposait sur une sorte de représentation³⁾.

Laquelle? Sans aucun doute celle des héritiers paternels représentant le côté du père, et celle des héritiers maternels représentant le côté de la mère.

Or, quels étaient les droits du père et de la mère sur les meubles et acquêts? — Le régime de communauté leur donnait à chacun la moitié, il en résulte que les meubles et acquêts qui se trouvaient dans la succession d'un défunt étant censés provenir en majorité aussi bien du père que de la mère, les meubles

¹⁾ P. 346.

²⁾ Guyné, *oper. cit.* p. 345.

³⁾ *Oper. cit.* p. 243 et plus haut p. 22.

portaient donc côté dans les coutumes de représentation à l'infini, ou plutôt, ils ne portaient pas côté, ils portaient *communauté*. La notion est curieuse¹⁾. Elle fait cadrer le régime successoral avec le régime matrimonial et semble bien avoir été le point de départ de nos coutumes.

Quant à Merlin, il cherchait à s'appuyer sur des arrêts plus que sur des principes. Il en avait certains pour les coutumes de Touraine et de Poitou, entre autres, un fameux arrêt du Parlement de Paris de 1657 qui avait admis la fente et avait été par la suite imprimé sous le titre suivant; „Arrêt notable de la Cour de Parlement de Paris rendu sur enquête par turbes qui contiennent l'interprétation des coutumes de Poitou, Anjou, le Mayne, Touraine, Lodunois, Le Perche, Xaintonge, Bourbonnais et Bayonne sur le fait des successions collatérales”²⁾.

Cette question l'intéressait tellement qu'il a ajouté par la suite au texte primitif de son article³⁾ en les rapportant *in extenso* tous les débats soulevés par cette question dans le Duché de Bourgogne.

Enfin, outre la fente, Merlin examinait s'il y avait refente. Question qui subsistera toute pareille, de l'avis même de Merlin⁴⁾ après la promulgation de la loi de Nivôse.

Mais la pensée de Merlin, une fois sur cette pente, devait aller plus loin. N'y avait-il pas certaines coutumes qui, non contentes d'appliquer la fente aux meubles et acquêts l'étendaient jusqu'aux propres!

C'étaient les coutumes d'Anjou et du Maine qui, à en juger par un arrêt de 1779 avaient admis la division en deux parts pour les propres naissants. Merlin repoussait ce sectionnement et ne pouvait admettre une fente des propres même naissants qui aurait révolutionné toute la théorie des propres. Mais l'idée de cette fente des propres ne lui est-elle pas revenue à l'esprit quand il préparait

¹⁾ Elle se rapprocherait d'une opinion de Chasseneuz que Bannelier reproduit pour la combattre, t. VI, p. 184 et ss. suivant laquelle les conquêts faits par les époux seraient des propres pour moitié aux enfants; ils devenaient „*antiqua hereditagia*” pour la portion qui leur revient après la mort de l'un des époux.

²⁾ Guyné le citait aussi, p. 347 et. 348.

³⁾ Rédigé en 1781 voir plus haut p. 7 note 1.

⁴⁾ Sur la refente voir aussi Denizart. Coll. t. IV, V^o représentation n^o. 34, Olivier de Saint-Vast, II, p. 427. Merlin, questions de dr., V^o succession: cités par Kohler, *oper. cit.* p. 359.

la loi révolutionnaire qui devait supprimer les propres? Est-ce que les coutumes qui faisaient remonter les propres au premier acquéreur ne les transformaient pas en quelque sorte en acquêts? Dès lors ne trouvait-on pas dans les coutumes de représentation infinie tout à la fois et une organisation unique par parentèles de tous les successibles et avec le système de la fente une tendance indéniable à l'unification de tous les éléments du patrimoine?

On le voit, Merlin après ses études sur la représentation à l'infini était arrivé tout au bord de la loi de Nivôse.

§ 3. LES RÉGIONS DES PARENTÈLES AU XVIII^e SIÈCLE.

Si Merlin préférait la dévolution romaine par degrés à la dévolution par parentèles, c'est en partie parce qu'il supposait que le système des parentèles n'était plus suivi que dans une minorité de coutumes. Outre celles qu'il indique dans le répertoire de Guyot, et dont il devait faire une énumération rapide devant l'Assemblée Nationale, il en existait certainement bien d'autres. Dans l'ancien droit, il aurait fallu faire une étude de la jurisprudence de chaque baillage pour avoir une idée à peu près exacte de la coutume de France — et encore dans chaque baillage les enquêtes par turbes auraient donné souvent des résultats contradictoires ¹⁾.

L'on peut toujours croire que dans le Midi il y avait vraisemblablement plus de coutumes de branchages que n'en indique Merlin ²⁾ et affirmer que dans l'Est il existait dans le Duché de

¹⁾ Les commentateurs parisiens louaient et citaient surtout les jurisconsultes provinciaux qui s'efforçaient d'adapter leurs coutumes aux méthodes et aux usages parisiens, mais cela ne nous donne pas la pratique suivie en réalité par les baillages.

²⁾ Bien que Jarriand pense à un triomphe du droit romain à peu près général — *Histoire de la nouvelle* 118, p. 415 — Je serais disposé à croire que les coutumes qui donnent un nom différent au propre pour chaque succession qu'il traverse appelaient à chaque succession une parentèle différente, comme en Bourgogne; voir plus haut, p. 11 et ss. Dans ces coutumes nous dénombrons les coutumes d'Acqs et Saint Sever qui sont de représentation à l'infini, celle de Marsan. *Titre des successions*, art. 4 et 5 qui ne l'est pas. — Et peut-être aussi les coutumes de Soule, Labourt et Béarn avec leurs *biens avitins* ou *papoaux* qui suggèrent l'idée d'un tronc commun. La coutume de Bayonne qui connaît aussi ces sortes de biens est à la fois de branchage et de représentation infinie.

Bourgogne tout un groupe considérable de coutumes de tronc commun qui avaient conservé plus ou moins le système des parentèles en dépit du titre de „coutumes de côté et ligne” dont on les avait affublées. Et qu'enfin, un peu partout, même dans le Nord là où la jurisprudence parisienne pulvérisait l'opposition par des arrêts répétés, celle-ci persistait, invoquait le droit naturel, la justice, l'équité, en un mot tous ces arguments qui avaient trouvé leur expression dans les écrits de Brunel.

A nous en tenir aux coutumes pour lesquelles l'application du système des parentèles est certaine, nous trouvons dans le Sud-Ouest tout un bloc de coutumes de représentation infinie et de branchage, à Bayonne¹⁾, Saint Sever prévôté²⁾, à d'Acqs (Dax)³⁾. Je fais de St. Sever une coutume de branchage bien que Merlin la mette au nombre des coutumes de représentation à l'infini simple enfin en Saintonge⁴⁾. Il est probable que l'on pourrait compléter cette énumération pour les pays de droit écrit⁵⁾. En remontant dans les pays coutumiers nous rencontrons encore des coutumes de branchage dans l'Angoumois⁶⁾, à Saint Jean d'Angely⁷⁾, dans le Poitou⁸⁾, et la Touraine⁹⁾. Peut-être le Maine¹⁰⁾ et

¹⁾ *Titre 12, art. 24. 14, B. D. R. IV, p. 956.*

²⁾ *Titre 12, art. 42, B. D. R. IV, p. 934; le retrait est accordé au plus prochain lignage de l'estoc et ligne dont les biens viennent: Titre V, art. 1, B. D. R., loc. cit. IV, p. 929: ce qui doit faire penser à un branchage.*

³⁾ *Titre II, art. 31 et 28, B. D. R. IV, p. 914 - 915. Il s'agit des pays situés entre la rivière de l'Adour et les pays de Béarn et de Navarre. Titre 11, art. 10.*

⁴⁾ *A° 1520, art. 97 et 100. B. D. R. IV, p. 877.*

⁵⁾ L. Vandermarcq. *Etude sur le droit matrimonial et successoral dans l'ancienne coutume de Limoges*. Thèse, Paris 1907, et surtout Jarriand: *Histoire de la nouvelle 118. 1889* qui croit au triomphe du droit romain au XVI^e siècle, p. 415. Auparavant ils indiquent de traces de la règle *paterna* à Condom, Bergerac, Bordeaux, Cahors, Toulouse, et même Limoges. Malheureusement, ils ne s'occupent ni l'un ni l'autre du branchage.

⁶⁾ *A° 1514, art. 94, B. D. R. IV, p. 848.*

⁷⁾ *Art. 104 adde La Rochelle art. 50 B. D. R. IV p. 859.*

⁸⁾ *A° 1559, art. 277, B. D. R. IV p. 802, cfr. art 212 de l'ancienne coutume de 1514 B. D. R. IV, p. 759.*

⁹⁾ *Art. 287, B. D. R. IV, p. 667 cfr. Ch. XXV art. 30, de l'anc. coutume de 1507, ibid. IV, p. 615.*

¹⁰⁾ *A° 1508 art. 241 B. D. R. IV, p. 487, voir Lefebvre, op. cit., p. 170.*

l'Anjou¹⁾ et le grand Perche²⁾, étaient-ils de branchage quoique Merlin donne ces trois coutumes comme des coutumes de représentation à l'infini sans branchage? La parentèle y existe à coup sûr ainsi que dans les coutumes locales de Dunois puis d'Orléans que Brunel déclare de branchage³⁾.

Vis à vis de ces coutumes nous voyons l'importante coutume d'Auvergne de représentation infinie⁴⁾ flanquée des coutumes de Bourbonnais et de la Marche, devenues coutumes de côté et ligne comme à Paris, mais où le traitement spécial donné aux meubles et acquêts (la fente), et les termes mêmes employés pour la succession collatérale des proches, suggèrent un passé de branchage.

A l'ouest nous rencontrons les deux très importantes coutumes de Bretagne et de Normandie qui reconnaissent toutes deux les parentèles mais en donnant aux ascendants une place différente. La coutume de Bretagne⁵⁾ les fait passer en tête de la parentèle avant tous leurs descendants tandis que la coutume de Normandie ne les fait passer qu'après. Cette dernière coutume mérite une attention particulière⁶⁾ car elle est celle qui a le mieux formulé

¹⁾ A° 1508, art 225, B. D. R. IV, p. 551. Bien que Dupineau, sur la coutume d'Anjou, t. I, P. 578 donne le même sens que Guyné, p. 310.

²⁾ A° 1558, art. 151 et 152 B. D. R. III, p. 656, cfr. art. 180 pour le retrait lignager — on préfère le plus prochain lignager du côté et ligne dont l'héritage est provenu. Les anciennes coutumes de 1505 au titre *des successions* art. 5, indiquent qu'anciennement la représentation existait pour les propres et non pour les meubles, B. D. R. IV, p. 634, 639; pour le retrait, art 47 *ibid*, p. 643.

³⁾ Art. 71 „En succession de ligne collatérale d'héritages propres on n'a aucun égard à la consanguinité et proximité de lignage, mais seulement à la descendue et souche dont les héritages sont descendus et advenus. Et à iceux héritages propres ne succèdent les plus prochains en degré de consanguinité mais seulement ceux dont lesdits héritages procèdent, *referendo paterna materna maternis*, B. D. R. III, p. 1074. Voir aussi l'art. 14 Brunel, p. 542.

⁴⁾ A° 1510, ch. XII, art. 9. B. D. R. IV, p. 1165. Chabrol, *comment.*, I, pp. 209 et 241 et ss. Lefebvre, *ancien droit des successions*, II, 1918, p. 93.

⁵⁾ Merlin et les auteurs de son temps s'appuyaient sur l'article 592 de la coutume de 1580 tel que l'interprétait d'Argentré. *Commentarii* éd. 1664, p. 1762 et ss., *adde* art. 566 de la coutume de 1539. B. D. R. IV, p. 322; et art. 594 de 1580, B. D. R. IV, p. 399, et plus haut p. 18 note 2.

⁶⁾ Sur la théorie des parentèles en droit Normand. Brunner, *das anglo-normandische Erbfolgesystem*. 1869; Ficker, II, p. 305; Fliniaux, *op. cit.* p. 80

l'organisation de la dévolution par parentèles dans notre ancien droit, ce qui lui a permis de rester une coutume de simple côté et de ne pas recourir pendant longtemps aux expédients soit du tronc commun soit de la représentation infinie.

En remontant dans le bailliage d'Amiens nous rencontrons la représentation sans limites admise dans la prévôté de Beauquesne pour les héritages cottiers de la châtellenie de Pernes¹⁾, et du bailliage de Lillers²⁾, ainsi que dans le bailliage de Saint Venant et la seigneurie de Mammez³⁾, Marcquêtes, Le Natoy⁴⁾ — Nous trouvons aussi la représentation en collatérale admise d'une façon indéfinie dans la prévôté de Montreuil, par la seigneurie de Biequennes⁵⁾ et le comté de Guisnes qui indique que quant aux héritages patrimoniaux „il convient que ceulx qui vœullent succéder comme héritiers dudict trespasé soient descendu de la coste et ligne dont iceux héritages et rentes patrimoniaux sont et estoient dévolu à icellui trespasé”⁶⁾. L'échevinage de Bredegarde nous rapporte également que les héritages venus des prédécesseurs vont „aux prochains parens du costé dont les héritages sont descendus, et, en cette succession, l'on use de représentation”⁷⁾.

Très remarquables, toujours dans la même prévôté, les expres-

Lefebvre, *op. cit.*, p. 138, 139. On la trouve dans *la somma de legibus* (1260—1280) 1,23 § 6. *Ed. Tardif*, 1896, p. 76; dans le *Grand coutumier de Normandie*, ch. XXV, *B. D. R. IV*, p. 12 et dans la *coutume officielle* de 1583, art. 241, 242, 243. *B. D. R. IV*, p. 59. La représentation n'apparaît qu'assez tard en Normandie avec l'article 42 des placités de 1666 qui disait que dans cette coutume „en succession en propres. représentation a lieu jusqu'au septième degré, auquel cas la succession est partagée par souches et non par têtes, même en ligne collatérale, soit que les héritiers soient en pareil ou inégal degré”. Cette représentation, disait Merlin peut être regardée comme infinie puisqu'elle s'étend aussi loin que la successibilité.

¹⁾ Bouthors, *Coutumes locales du Bailliage d'Amiens. Amiens 1853, II*, p. 246, § 9. Pour Pernes et Richebourg l'avoyé *B. D. R. I*, p. 383 et 394.

²⁾ *Ibid. II*, p. 379, § 27.

³⁾ *Ibid. II*, p. 394, § 27 et § 28. Item en ligne collatérale succèdent les plus prochains héritiers des trépassés et s'y représentent les enfants leurs père ou mère quy seroient terminé vie par trespas, en la dite succession ainssy et par la manière comme il est dict chy dessus en ligne directe.

⁴⁾ *Ibid. II*, p. 631, § 11.

⁵⁾ *Ibid. II*, p. 658, § 7.

⁶⁾ *Ibid. II*, p. 662 § 14

⁷⁾ *Ibid. II*, p. 665.

sions de la coutume de la ville et banlieue d'Audruick, § 37.

„Item en matière de succession des biens délaissés par aucun trespasé, droit de représentation a lieu entre prochains parens dudict trespasé jusques la cinquiesme ligne¹⁾.”

Il semble bien évident qu'ici le mot ligne est mis pour parentèle ou branche. C'est le cas de répéter ce que disait Bannelier: „La ligne emporte la branche”. Ces mots sont employés l'un pour l'autre.

La coutume locale de Tournehem dans le bailliage de Saint-Omer²⁾, celle de la Gorgue dans le bailliage d'Arras³⁾, enfin celle de Wodéque⁴⁾, suivent les mêmes principes. En continuant dans les Flandres et le Hainaut, aussi bien pour la partie française que pour celle qui était située au dehors du royaume, il fallait nommer les coutumes du Hainaut et de Mons⁵⁾, celles d'Etaires⁶⁾, Bailleul⁷⁾, Cassel⁸⁾, Bourbourg⁹⁾, et Bergues¹⁰⁾ dans le royaume. Puis Poperinghe, Ypres, Furnes, Nieuport, Bruges, Ostende, Bouchante, Assenède, Eccloo, Gand, Rousselaere, Ypres, Oudenarde, Courtray, Lessines, Ninove, Alost, Termonde, Waes, Bruxelles (pour tous les biens). Toutes ces coutumes flamandes ou wallonnes sauf celles de Lessines et de Bruxelles n'admettent la représentation que pour les rotures¹¹⁾.

¹⁾ Bouthors, *oper. cit.* II, p. 683, cfr. Merlin, *Répertoire*, V° *Représentation*.

²⁾ *Titre IV, art. 42, B. D. R. I, p. 455*, admet la représentation „tant en meubles, catheux que héritages”. Bouthors ne donne que des fragments de l'ancienne coutume. *II, p. 695*. Il ne faut pas oublier que Tournehem, Audruick, Bredenarde faisaient partie de l'ancien comté de Guysnes. Tailliar, *„Le livre des usaiges et anciennes coutumes de la conté de Guysnes. Saint-Omer 1856, pp. XXII et ss., LI et ss.*

³⁾ Rubrique XIII, art. 118, *B. D. R. II, p. 1011*.

⁴⁾ *Titre XI, art. 2*, citée par Merlin. adde pour Lilerset Ham, *B. D. R. I p. 379 et 381*.

⁵⁾ *Charles génér., ch. 90*. La coutume du Hainaut et celle de Mons sont de branchage pour les fiefs, d'après Merlin.

⁶⁾ Art. 17 et 18, *B. D. R. I, p. 924*.

⁷⁾ *Rub. 7, art. 1 et rub. 8, art. 10, B. D. R. I, p. 962 et 963*.

⁸⁾ *Art. 309, B. D. R. I, p. 719*.

⁹⁾ *Rub. 10, art. 2, B. D. R. I, p. 493*.

¹⁰⁾ *Rub. 19, art. 24 et Cour féodale, rub. 8, art. 4, B. D. R. I, p. 531 et 564*.

¹¹⁾ Ypres, jusqu'au 8° degré (chatellerie) et 4° (ville); Rousselaere jusqu'au 4°. On trouvera l'énumération et les renvois aux articles de ces coutumes dans Merlin, *Répert. V° Représentation. Sect. II, §. VII. II, p. 94* de l'édit. de Bruxelles 1827; Rappelons que Brunel fait de la coutume de Tournay une coutume de branchage, voir *supra* p. 47 note 4.

Au moment où votée la loi de Nivose, la convention ne pouvait pas négliger les coutumes des pays qu'elle cherchait à rallier à la Révolution.

Ce n'était pas tout: en descendant vers l'Est l'on rencontrait les coutumes de Reims ¹⁾, de Lorraine ²⁾, d'Epinal ³⁾, de Saint-Mihiel et de Verdun ⁴⁾ qui suivaient également la représentation infinie pour les rotures, et enfin le bloc des coutumes Bourguignonnes de tronc commun du Duché et de la Comté avec leurs annexes de Sens, Auxerre, Nevers pour lesquelles la discussion était loin d'être éteinte.

Ainsi la coutume parisienne est presque entourée d'une ceinture épaisse à l'Ouest, à l'Est, au Sud et au Nord, de coutumes où la dévolution successorale est basée sur les parentèles. Ce système qui ne s'applique au Nord généralement qu'aux biens roturiers semble y présenter un aspect anti-féodal qui plaira au moment de la Révolution. Enfin, même à l'intérieur des coutumes régies par la jurisprudence parisienne, il s'élève des protestations: à Blois, dans l'Amiennois, le Boulenois, et l'Artois ⁵⁾, ainsi que dans le Ponthieu. L'on veut revenir à la dévolution par branchage, la vieille dévolution par lignage, seule conforme au droit naturel, à l'ordre du sang.

Merlin ne pouvait voir dans ces coutumes une minorité qu'en

¹⁾ *Art. 309. B. D. R. II, p. 511.*

²⁾ *Titre IX, art. 5, B. D. R. II, p. 1107.* Les termes employés visent aussi bien la représentation que le tronc commun, mais on a pris l'habitude de remonter au 1^{er} acquéreur, cf. Bannelier, VI, p. 127, 128. Sur la tendance à abandonner le système des parentèles en Lorraine, voir plus haut p. 18, note 2, *infra*.

³⁾ *Titre IV, art. 2, B. D. R. II, p. 1131.*

⁴⁾ *Titre V, art. 14 et 15, B. D. R. II, p. 1053,* en limitant pour héritages et ligne, terres de pooté. Pour Verdun, titre II, art. 19. B. D. R., II, p. 428.

⁵⁾ Pour l'Artois le vieux jurisconsulte Bauduin qui écrivait au moment de la rédaction de la coutume la considérait comme de branchage, Brunel, p. 547. Pour mettre ce point hors de contestation Brunel dans son projet de réformation de la coutume d'Artois imprimé en 1735 avait établi un article 155 qui devait remplacer l'article CVIII et, en partie, l'article CVII de la coutume existante. Il disait ceci: „tous héritages patrimoniaux suivent cotte et ligne, et ne remontent point aux ascendants dont ils sont venus tant qu'il y a des descendants des possesseurs postérieurs à qui ils ont appartenu". *Projets proposez pour la réformation des coutumes d'Artois imprimés à Douay, chez Jacques François Willerval, 1735, p. 86.*

joignant les pays de droit écrit à ceux que commandait le système de dévolution admis par la coutume de Paris et en refusant le caractère de tronc commun ou de branchage à toutes les coutumes de côté et ligne ou il ne rencontrait pas la représentation à l'infini, car il n'énumère de coutumes de branchage que parmi celles-ci. En résumé, il semble bien que le système des parentèles était appliqué encore en 1789 en totalité ou en partie, dans une bonne moitié au moins de la France coutumière, et cela pour les propres. Cette application était un peu plus réduite pour les meubles et acquêts.

III.

CONCLUSION. LA LOI DE NIVÔSE.

La Révolution devait mettre en pleine lumière les deux tendances profondes qui se disputaient la direction de la vieille France: d'un côté le maintien du „lignage”, de la famille organisée suivant le système des parentèles, de l'autre le triomphe de la famille individuelle et inorganisée romaine.

Chacune donna lieu à un projet distinct, chacune fit valoir ses arguments. La première fut défendue par Merlin, la seconde triompha avec Garran et Berlier, dans la loi de Nivôse.

I. — LE PROJET DE MERLIN.

Le célèbre rapport présenté le 21 Novembre 1790¹⁾, à l'assemblée constituante par Merlin au nom des comités de Constitution et d'aliénation des domaines nationaux, attachait, un peu artificiellement la réforme des successions à celle de la constitution et résumait „en trois mots” le système de la nouvelle législation proposée :

1°. „Egalité absolue dans les partages ab intestat ;

¹⁾ On trouve le rapport de Merlin dans le compte-rendu du *bulletin de l'assemblée nationale et gazette nationale ou le moniteur universel*, du lundi 22 Novembre 1790. n°. 326 ; réimpression de *l'ancien moniteur*, 1789—1799, t. V, 1847, p. 435. Ce compte-rendu est tronqué. Un texte meilleur et plus complet est donné par les *archives parlementaires*, t. XX, p. 598. Bien que ces *archives* d'ordinaire prêtent à la critique. Sur elles Pierre Caron : *Manuel pratique pour l'étude de la Révolution française*, Paris 1912, p. 183 et ss. Les sources du rapport de Merlin sont ses articles du répertoire de Guyot en particulier sur les mots ; *paterna paternis* et *représentation* ; on en retrouve l'ordre, les idées et même des phrases entières dans le rapport.

2°. „Identité parfaite de tous les biens, sans distinction de meubles et d'immeubles, de propres et d'acquêts;

3°. „Représentation à l'infini en ligne directe, et jusqu'aux neveux inclusivement en ligne collatérale”.

C'est ce dernier point qui prêtait le plus à la discussion. Merlin le sentait. Il n'y avait, suivant lui, de choix possible que entre deux partis: ou adopter le système du droit romain; ou suivre les coutumes de représentation à l'infini: c'est-à-dire les parentèles. Il disait ceci:

„Il semble que le choix ne peut rouler qu'entre l'usage (légèrement modifié) des pays de droit écrit, auxquels se sont expressément conformées la plupart de nos coutumes, et la disposition des coutumes qui admettent la représentation à l'infini en ligne collatérale comme en ligne directe”.

Dilemme du plus haut intérêt et qui jette une vive clarté sur la loi de Nivôse ¹⁾.

Merlin fait son choix ²⁾; il se livre à une charge à fond contre les coutumes de représentation à l'infini;

„. . . . le choix, déclare-t-il, ne vous sera pas difficile si vous considérez:

1°. „Que les coutumes de représentation à l'infini s'éloignent „absolument du vœu de la nature, qui, entre collatéraux, et „passé le degré des neveux, mesure le plus ordinairement l'affection sur la proximité;

2°. „Que ces mêmes coutumes sont pour les citoyens qu'elles „régissent une occasion continuelle et journalière de procès, tant „sur les faits dont elles nécessitent la preuve pour profiter de „leurs dispositions que sur le sens, l'effet et l'étendue de leurs „dispositions elles-mêmes.”

3°. „Que la loi qui restreint la représentation au degré des „neveux étant tout à la fois et la plus générale et la plus ancienne du royaume elle porte par cela seul avec elle un titre „de recommandation qui la fera adopter dans les endroits où elle

¹⁾ Aron, *op. cit.* N. R. H. 1901. p. 475, note 1, n'indique cette discussion sur la représentation que par deux lignes au bas d'une note, sans voir que c'est tout le système de Dévolution de la loi de Nivôse qui est déjà proposé aux réflexions de l'Assemblée.

²⁾ *Arch. P.*, t. XX, p. 604.

„est encore inconnue, avec infiniment plus de facilité qu'on ne „ferait admettre dans les autres une loi différente;

4°. „Qu'obliger les citoyens à vivre sans cette loi, d'y renoncer, „pour se soumettre aux coutumes de représentation à l'infini, ce „serait, en d'autres termes, obliger la majorité de la France à „céder à la minorité; proposition peu convenable en elle-même, „et qui ne pourrait être justifiée que par des considérations de „justice et d'utilité publiques qu'on ne rencontre pas ici;

„J'ajoute que la représentation à l'infini en ligne collatérale „tient au même esprit que la règle *paterna paternis*; qu'elle n'est „propre comme elle, qu'à fomentier et nourrir l'orgueil des fa- „milles, et que, sous ce rapport, véritablement politique, elle ne „peut pas plus que cette règle échapper à la réforme que je „sollicite de vous au nom de vos deux comités" indiquait-il en terminant.

L'assemblée fit à ce rapport assez mauvais accueil; les députés du midi dont il voulait entraîner les suffrages étaient beaucoup plus occupés du testament, très en usage chez eux, que de la succession ab intestat et Mirabeau fit décider par l'assemblée que l'on joindrait à ce projet la question des inégalités résultant de la volonté dans les successions.

Les députés des pays de représentation infinie étaient hostiles. Parmi les méridionaux, de Cazales ne cachait pas l'inquiétude que lui causait cette législation partielle qui tendait „à renverser la totalité de notre Code civil". Enfin, le spirituel abbé Maury, pour marquer le lien forcé établi par Merlin entre les questions constitutionnelles et le droit civil, réclamait ironiquement que l'on joignit à la motion de Mirabeau „la grande question constitutionnelle des murs mitoyens" ¹⁾.

En somme, Merlin avait heurté l'opinion de beaucoup de représentants. Il avait été maladroit en énumérant les coutumes dont il voulait sacrifier les usages. Et, deux ans plus tard, les visées de la Révolution sur la Belgique dont une conquête éphémère avait été réalisée en 1792 ne pouvaient qu'être favorables à un mode de dévolution en usage dans la majeure partie des pays Belges. Même pour la France l'énumération incomplète

¹⁾ Sagnac, *loc. cit.* p. 218.

de Merlin ne tenait pas compte du fait que dans de nombreuses provinces il restait un état d'esprit très favorable au lignage. Il n'est pas sûr qu'il ne partageât pas les idées de Brunel cet avocat artésien, émule de Merlin, qui s'appelait Robespierre ¹⁾.

En outre, le système de Merlin concentrait la fortune au lieu de la diviser. Or de plus en plus, pour s'attacher des partisans, la Révolution évoluera vers la division. La représentation infinie favorisait cette division, dès lors, que valait ce reproche de fomenter et nourrir l'orgueil des familles? Cet orgueil ne pouvait s'alimenter que de grosses successions.

Quant à la question historique, Merlin évidemment se trompait en attribuant au système de la représentation infinie une origine récente, mais personne dans l'assemblée ne s'en doutait. Et puis, était-ce devant des révolutionnaires qu'il fallait invoquer l'argument de tradition alors que la déesse nouvelle qui commandait les esprits était la Raison, le droit rationnel et le droit naturel? La succession par lignage n'était-elle pas conforme au droit naturel qui veut que la succession descende et qui exclut les ascendants, c'est-à-dire les personnes hostiles à la révolution?

Tous ces arguments ne furent pas seulement opposés par les pays du sud, mais aussi par ceux de l'Est, en particulier par les Bourguignons. J'en vois la preuve dans l'activité du Bourguignon Berlier qui devait revenir le rapporteur de la loi de Nivôse.

II. — LA LOI DE NIVÔSE.

Le résultat de ces dispositions fut qu'au lieu d'adopter la première alternative que proposait Merlin, l'on se rabattit sur la seconde, la représentation à l'infini, et ce fut la loi de Nivôse. Merlin avait trop violemment combattu la représentation infinie pour qu'il lui fut permis de présenter le nouveau projet devant la Convention. Ce soin fut dévolu à Garran et à Berlier.

Néanmoins, la science et l'autorité de Merlin étaient telles; il

¹⁾ Le système défendu par Brunel concordait avec l'habitude de Robespierre de considérer toute question d'un point de vue général et absolu. Victor Barbier et Charles Vellay, *Oeuvres complètes de Maximilien Robespierre, (oeuvres judiciaires)*, t. 1^{er}, 1920, p. XII. Ce livre indique à sa table le nom de Brunel, p. 615 note 2, mais sans identification. Robespierre était d'ailleurs très partisan de l'égalité et de la division des héritages. Aron, *op. cit.*

avait étudié le mécanisme des coutumes de représentation à l'infini, avec tant de soin : le dilemme même posé par lui le prouve à l'évidence, qu'on peut le considérer comme un des principaux inspirateurs de la loi de Nivôse bien que pour la rédaction du 1er projet de Code civil, déposé le 9 avril 1793 ¹⁾, il ait laissé la place à Cambacérès.

Cambacérès avait besoin de collaborateurs actifs ²⁾. Le comité de législation d'après la liste que nous en possédons semble avoir compté un grand nombre de poids morts. Aussi nous voyons que, le 12 Juillet 1793, Berlier sur la proposition de Cambacérès est adjoint au comité de Législation où il recontra Oudot un autre député de la Côte d'Or et où il devait pénétrer le 22 Juillet 1793, un troisième député de la Côte d'Or, Guyton Morvau ³⁾. Les Bourguignons jouent, on le voit, un rôle important.

La science juridique de Berlier lui fait attribuer de suite une place de choix dans comité. Il faisait partie de la section systématique chargée de coordonner les lois de la République avec Merlin, et Cambacérès ⁴⁾. L'attention qu'il apporta à la loi de Nivôse nous est prouvée par le rôle prépondérant qu'il joua lors du vote de cette loi et le long rapport détaillé qu'il a déposé à ce sujet ⁵⁾.

¹⁾ Fenet, *Travaux de préparation du Code Civil*, I, p. 37 ; *A. P. t.* XX, p. 551 et ss.

²⁾ L'on ne trouve pas de renseignements sur la période qui nous occupe dans la *Vie de Cambacérès* d'Antoine Aubriet. 1834 et à peine quelques indications à l'article *Cambacérès* de la *Bibliographie universelle*. Il avait voté avec Berlier la mort de Louis XVI. Berlier, membre du comité de salut public avait été envoyé en mission dans la Haute Garonne, le Tarn, le Gard, l'Hérault, *A. P. t.* 67, p. 561. Comme Cambacérès était de Montpellier, ce fut probablement une occasion de rapports plus étroits entre lui et Berlier. D'un autre côté Merlin dans ses études sur la représentation à l'infini avait toujours donné une place d'honneur au droit du Duché de Bourgogne. Il était naturel que l'un et l'autre fissent appel au savant jurisconsulte qu'était Berlier.

³⁾ *Arch. Parl. t.* 69, p. 321. On verra les idées de Berlier et de Oudot sur l'adoption, les enfants naturels, le mariage, auxquelles fait allusion Durant Maillane dans les écrits imprimés et distribués à la Convention avant le rapport général de Cambacérès. voir les *archives parlementaires*, t. 70, p. 634.

⁴⁾ Cette section comprenait encore d'autres membres entre autres Genissien le député de l'Isère qui fit le rapport sur la prescription. *Arch. Parl. t.* 70, p. 649.

⁵⁾ C'est Berlier qui le 6 Nivôse présente un rapport pour expliquer le remaniement de la loi du 5 brumaire et propose d'y adjoindre provisoirement „le titre des successions inscrit dans le projet du nouveau Code Civil”. *Arch. Parl. t.* 82, p. 313 et ss.

Pourtant ce n'est point ce rapport qui nous renseigne le plus sur les raisons du mode de dévolution adopté par la loi, — mais un autre petit rapport imprimé par ordre de l'assemblée et déposé par Garran, député du Loiret¹⁾ pour accompagner le dépôt du 1er projet de Code Civil de Cambacérès; Garran défendait le système de la représentation à l'infini.

Il indiquait que la justice de ce système était si frappante pour la ligne directe qu'elle n'avait besoin d'aucun développement. „Il ne faut également que peu de réflexion, ajoutait-il pour en faire sentir également l'équité en ligne collatérale. Le droit de succéder n'y peut avoir de fondement raisonnable que dans la parenté . . . car cette parenté n'est rien autre chose que la descendance d'un ou plusieurs auteurs communs qui subsiste pour le défunt et ses collatéraux. *Il est d'ailleurs présumable que les biens laissés par le défunt procèdent de ses auteurs directement ou indirectement par les secours qu'il en a reçus.* Il est donc tout simple de régler les successions collatérales comme les successions descendantes.”

En présumant que les biens ont appartenu au tronc commun le plus proche entre le *de cujus* et le successible, comme le fait Garran, on rattache étroitement la conception nouvelle aux vieilles idées du tronc commun que nous avons étudiées précédemment dans la succession des propres.

Pour justifier la fente, Garran ne pouvait ni ne voulait invoquer la vieille règle *paterna paternis*. Il trouvait un argument solide dans la constatation de l'obligation où se trouvaient les parents paternels et maternels de s'occuper des tutelles.

„L'intérêt politique s'est, pour ainsi dire, trouvé d'accord avec „la nature pour offrir ce mode d'hérédité, puisqu'il uniformise „les règles de toutes les successions, qu'il tend à la division des „fortunes, et qu'il détruit l'isolement des familles en faisant courir ensemble les parents de diverses lignes, les maternels, avec „les paternels, *qui sont tous appelés à partager la charge des „tutelles résultant de la parenté.*”

Enfin, la vieille règle qui disait que dans les pays de représentation à l'infini: *omnes heredes habentur pro suis* était rap-

¹⁾ On trouvera le petit rapport de Jean Philippe Garran de Coulon dans les *archives Parl.* t. 70, p. 145. Orléans est une ancienne coutume souchère toute voisine de coutumes de branchage voir plus haut p. 33 et 56 note 3.

pelée par Garran: „les mêmes motifs qui font reconnaître l'équité de la représentation à l'infini en ligne directe, doivent donc aussi la faire adopter en ligne collatérale, qui, d'après ce que l'on vient de dire, n'est qu'une autre espèce de succession en ligne directe”.

Pour le reste la loi supprimait les autres applications de la règle *paterna paternis*, la distinction des biens suivant leur origine, et les inégalités entre les héritiers comme l'avait déjà voulu Merlin en 1790 ¹⁾.

Dans le long rapport qui emporta le vote de la loi de Nivôse, Berlier²⁾, considérant comme inutile de reprendre l'argumentation de Garran, s'occupait avant tout de justifier la rétroactivité de la loi, basée sur le droit naturel dont la Révolution de 1789 avait proclamé le règne — et de répondre à des objections qui semblent s'être fait jour sur la place donnée par le législateur aux ascendants.

Berlier ne formule pas l'objection, mais il est facile de la rétablir d'après la réponse qu'il lui adresse. „Vous déclarez adopter le droit naturel, lui disait-on, mais le droit naturel n'admet jamais la succession des ascendants. Cette succession n'a jamais lieu que, *ordine turbato*; c'est-à-dire contrairement au droit naturel”.

D'ailleurs, quelle place donner aux ascendants? L'ancien droit les avait, en quelque sorte, éliminés de la succession aux propres en leur offrant en compensation la succession des meubles et acquêts ³⁾. Mais la difficulté supprimée resuscitait dès que l'on effaçait toute différence entre les propres et les meubles et acquêts. Il fallait réintégrer les ascendants dans les successibles ou les écarter tout-à-fait.

L'on songea à les éloigner complètement: ce qui eut ramené au droit du XIII^e siècle ⁴⁾.

¹⁾ C'est ainsi, remarquait Garran, „qu'on est parvenu à présenter à la Convention un ordre de succession bien plus juste et bien plus simple qu'il n'a existé chez aucun peuple ancien ou moderne”.

²⁾ Ce rapport est inséré dans les *archives parlementaires*, t. 82, p. 342. On l'a longtemps ignoré. *Le Recueil de Sirey, Lois anciennes, 1ère Serie 1789 — 1830, Paris 1843*, ne le connaissait pas encore. La discussion du rapport de Berlier se fit dans les après-midi du 7, 8, 9 nivôse. Voir *Gazette nationale* à ces dates.

³⁾ C'est une remarque expresse de Merlin. *Répertoire, V^o Paterna*.

⁴⁾ On peut le conjecturer en voyant que Berlier sur l'article 13 de la loi de Nivôse fait remarquer que cet article peut être considéré comme un sup-

Cela parut trop dur et l'on fit très probablement remarquer que dans la coutume de Paris en particulier, les ascendants venaient à la succession des propres émanant d'un de leurs auteurs avant les collatéraux quand ils avaient un degré d'habileté supérieure? Trace très notable restée de l'époque où la coutume de Paris était souche et de branchage.

Dans la théorie les propres naissants, il en était de même, l'ascendant reprenait comme acquêt les propres naissants laissés à son fils quand celui-ci mourait sans descendants, ni frères ni soeurs.

L'application de ces principes était faite d'une manière lumineuse par la coutume de Normandie¹⁾ qui ne faisait que formuler d'un façon très précise la vieille règle, déjà rappelée par Beaumanoir, que les ascendants passent après les descendants. On aurait donc grand tort de voir, comme le font certains auteurs, dans la coutume de Normandie un droit tout particulier et inconnu au reste de la France²⁾.

„Il est bien vrai, déclare Berlier³⁾, que l'ordre naturel n'est pas pour les ascendants, mais enfin cet ordre est quelquefois interverti".... et plus loin „mais que l'on ne s'alarme pas; ce qui repose pendant quelques jours sur la tête de l'ascendant, rentre peu à peu dans le sein de la famille, et l'ordre social n'est point ici l'ennemi de la nature"⁴⁾.

Ainsi ce qui paraît le plus révolutionnaire à Berlier, et contre l'ordre naturel, c'est d'admettre à la succession les ascendants et de

plément à la loi du 5 brumaire (26 Octobre 1793) qui ne s'est nulle part occupée des cas où les ascendants étaient naturellement appelés à succéder.

¹⁾ „Pour le règlement des successions collatérales, la loi de Nivôse paraît s'être inspirée du mode de succéder *tout particulier* de la coutume de Normandie." déclare l'auteur de *l'Essai-sur l'histoire du droit français*. Dalloz, Répertoire, t. I, 1870, p. 301.

La ressemblance avec la coutume de Normandie est indiquée par Fliniaux, p. 86, note 1. Lefebvre, *op. cit.*, II, 1918, p. 139. Pourquoi, se demande E. Nadaud „alors que toutes les autres coutumes décidaient le contraire.... avoir admis cette solution toute spéciale aux Normands"? Pourquoi avoir adopté „la solution féodale de la plus féodale de nos coutumes"? *Les successions dans le droit de la révolution*, Paris 1904, p. 56 et 57.

²⁾ Que l'on se reporte au texte du projet de réforme de la coutume d'Artois de Brunel cité, p. 59 note 5.

³⁾ *Arch. parlementaires*, t. 82, p. 347.

⁴⁾ *Ibid*, p. 348.

paraître porter la main sur la vieille règle „propres ne remontent pas” qui est à la base de la dévolution par parentèles.

Voilà des révolutionnaires bien respectueux des anciens adages ! Ces avocats coupaient plus volontiers les têtes que les vieilles maximes juridiques dont ils étaient fêrus.

Le caractère traditionnel et coutumier de la dévolution par parentèles établie par la loi de Nivôse est tellement indéniable qu'il semble surprenant qu'on en ait douté : il apparaît non seulement dans les précédents de la loi, mais dans ses termes mêmes, dans les commentaires qui l'ont suivie, dans les aveux de ses propres auteurs.

La loi de Nivôse emploie des expressions techniques identiques à celles des coutumes de représentation infinie. Elle nous parle encore de branches et de chefs de branches ¹⁾, et Vermeil, son commentateur, pour justifier la représentation collatérale, nous déclare „que le dernier des rejetons est vivifié comme les branches principales par la sève émanée du tronc ²⁾”. Plus loin Vermeil signale ces „coutumes mêmes qui avaient le plus de rapport avec la législation nouvelle ³⁾”.

Ce qui donne le droit de succéder, d'après lui, ce n'est pas la proximité, mais l'habileté. Vermeil remplace le mot technique d'habileté par celui de „nature de la parenté” moins expressif et nous dit :

„Ce n'est pas à raison de la proximité que l'attribution est faite, mais en raison de la nature de la parenté ⁴⁾”.

On recherchera dans la loi de Nivôse le plus proche tronc commun du défunt pour savoir quels sont les successibles „ainsi quand le défunt a laissé pour parens des descendants de son frère mort avant lui, ces derniers lui succèdent de préférence à tous autres, parce que ce frère qu'ils représentent avait avec le dé-

¹⁾ Art. 88 : „Ces règles de Représentation seront suivies dans la subdivision de chaque branche. On partagera d'abord la portion qui est attribuée à chacune, en autant de parties égales que le chef de branche aura laissé d'enfants....”

²⁾ Vermeil. *Code des Successions*, an III, 2^e partie. *Explication par ordre des matières de la loi du 17 Nivôse*, p. 91.

³⁾ *Op. cit.*, p. 94.

⁴⁾ *Op. cit.*, p. 100 et 101.

funt un tronc commun, une origine commune au premier degré dans la ligne ascendante du défunt ¹⁾”. Il donne la même explication pour les descendants de l’oncle :

„à défaut des descendants du père, les descendants des ayeul et ayeulle paternels excluent les descendants des bisayeul et bisayeulle de la même ligne. Il en est de même à défaut des descendants de la mère, et ainsi en remontant de l’un et l’autre côté ²⁾”.

C’est exactement le système suivi par les coutumes de tronc commun, de branchage et de représentation infinie. L’on a même pris le procédé des coutumes de représentation infinie pour expliquer la place subordonnée de l’ascendant — de ne faire partir la représentation que des descendants immédiats de chaque ascendant. Ils portent encore le nom de chefs de branche. „En conséquence, dira Vermeil, la loi du 17 Nivôse a étendu la faculté de succéder par représentation à tous les descendants de chef de branche, frère ou soeur d’un des auteurs défunts ³⁾”.

Tous ces développements de Vermeil nous donnent une impression de chose déjà vue et fort ancienne. Son explication est pleine du passé et n’offre que le commentaire, à peine modifié, d’une coutume de représentation à l’infini de l’ancien régime.

Mais quel besoin de chercher plus loin? Les auteurs mêmes de la loi de Nivôse se sont chargés de nous renseigner.

C’est Merlin qui déclare expressément à propos de la loi de Nivôse ⁴⁾ „*Venant aux successions collatérales, elle leur appliquait le système de la représentation à l’infini dont les coutumes rappelées ci-dessus (il renvoyait à la section 2 § 4 où il parlait des coutumes de représentation à l’infini) lui avaient fourni l’idée*”.

Et il ajoutait dans un autre article :

„*La loi du 17 Nivôse an II, avait établi pour la succession des ascendants des règles qu’elle avait puisées en partie dans le droit romain et en partie dans la coutume de Normandie* ⁵⁾

¹⁾ *Op. cit.*, p. 107.

²⁾ *Op. cit.*, p. 108,

³⁾ *Op. cit.*, p. 106, 107 et plus tout p. 17.

⁴⁾ *Répertoire, V^o Représentation*. Section III, § II, p. 95 de l’éd. de Bruxelles 1828.

⁵⁾ *Répertoire, V^o Succession*, sec. 1, § 3, art. II no. III, p. 340.

Ainsi Merlin, de son propre aveu, n'avait pas inventé la dévolution de la loi de Nivôse; il l'avait trouvée dans nos vieilles coutumes françaises. La seule originalité des révolutionnaires a été d'exprimer en termes clairs un procédé qui se cachait sous les noms variés de „tronc commun”, „souche”, „ramage”, „branchage”, „représentation à l'infini”. Quand les règles anciennes furent présentées toutes nues et débarrassées des noms obscurs qui les masquaient, elles parurent nouvelles — et c'est ce qui a fait croire à une invention des parentèles par les révolutionnaires.

La longue étude à laquelle nous nous sommes livrés nous a prouvé d'avance la rigoureuse vérité des affirmations de Merlin auxquelles il est surprenant que l'on n'ait prêté jusqu'ici nulle attention. Les auteurs sont hypnotisés par la double opinion que l'ancien régime successoral français était du droit féodal — et que les parentèles avaient disparu au XIV^e et au XV^e siècle; ils se font une idée si fausse des coutumes de représentation à l'infini qu'ils calquent sur le type de la coutume de Paris qu'il leur est impossible de s'imaginer que la parentèle révolutionnaire c'est encore et toujours la parentèle de l'ancien régime et celle du moyen-âge.

Il est difficile de s'entendre sur les mots. L'histoire socialiste de Jean Jaurès en arrivant à l'étude de la loi de Nivôse déclare qu'elle établit l'égalité et il s'écrie: „L'égalité c'est la révolution”; comme si nos coutumes d'égalité parfaite ne dataient pas du moyen-âge! Notre maître M. Lefebvre voyait la révolution dans la place donnée aux ascendants¹⁾. Comme si la vieille et vénérable règle „Propres ne remontent pas” datait de la révolution! Tous les savants dont nous avons fourni la liste au début de cette étude affirment dans la parentèle de la loi de Nivôse un système révolutionnaire. Et qu'est-ce donc que la parentèle sinon le vieux lignage du moyen-âge, celui que ne cessent d'exalter nos chansons de geste et nos vieux auteurs! Alors la famille nombreuse était le „fier lignage” et non pas une dédaignée. C'est pour la famille qu'avait été construit le droit des successions. L'héritage était fait pour la vie et pour les berceaux: il ne remontait pas;

¹⁾ L'exclusion des ascendants et la représentation à l'infini constituent ce que Mr. Lefebvre appelle; *op. cit.* p. 203 note 1, „des singularités excessives conservées dans certaines régions”.

il allait aux plus jeunes, à ceux qui en avaient le plus besoin. La Révolution, en conservant la parentèle a obéi à une voix plus lointaine et plus profonde que le code civil qui l'a méconnue.

Ces idées, il m'a été très agréable de les retrouver, en terminant, dans une de ces études si nourries d'observations précises que l'un des véritables fondateurs de l'histoire du droit français, l'Alsacien Klimrath publiait, en 1833, sous le titre *d'Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*¹⁾.

Après avoir exposé, d'une façon fort brève, il est vrai, et sans donner de preuves ni entrer dans les détails, que l'ordre successoral ancien se faisait par lignées „suivant des principes simples et toujours conséquents avec eux-mêmes”, il ajoutait „La loi du 17 Nivôse an II leur rendit hommage de la manière la plus éclatante en ordonnant la délation des successions par ordre de lignages”.

Il critiquait ensuite le Code civil auquel il estimait la loi de Nivôse bien supérieure, parce que le code civil en matière successorale, „manque de tout système” et il concluait: „Nous avons la ferme persuasion que la législation, ne fut-ce que pour simplifier la matière, rétablira tôt au tard, en son entier, l'ordre de succession par lignages et reviendra, en cela, aux dispositions de la loi de Nivôse an II qui n'a fait elle-même que recueillir et corroborer le principe de nos anciennes coutumes, fondées sur l'esprit et les mœurs des sociétés modernes²⁾.”

¹⁾ Klimrath, *travaux sur l'histoire du droit français*, publiés par Warnkoenig, t. 1^{er} 1843, p. 61. Il est probable que Klimrath avait fait sur le droit successoral français des études dont Warnkoenig n'avait pas eu connaissance car ce dernier pense que les parentèles avaient en général disparu à l'époque des coutumes dans la succession des propres: *Geschichte der Rechtsquellen und des Privatrechts*, t. II, p. 475 (2^o éd. 1875) auparavant il ne les apercevait plus que dans la succession des meubles et acquêts, *ibid.* p. 452.

²⁾ *Oper. cit.* p. 62 „A mon sens, déclare Viollet (en repoussant la représentation à l'infini en ligne collatérale) le code civil a fait faire ici au droit un pas en arrière considérable”. *Hist. du droit civil français*, 3^o éd. 1905, p. 894.

L'argumentation de M. Vallier contre les parentèles: *le fondement du droit successoral français*, p. 280, et ss., repose en grande partie sur l'idée que la parentèle est contraire à la conception traditionnelle que le droit français a de la famille. Nous savons maintenant ce qu'il faut penser de cet argument. Sur les théories actuelles en Autriche, Allemagne, Suisse et Hongrie l'on trouvera des renseignements fort intéressants dans l'ouvrage de Fliniaux, p. 123 et ss.

Puisse notre travail aider, dans quelque mesure, à la réalisation de ce vœu de Klimrath, notre aîné de Strasbourg, et puisse le Code civil ne pas nous masquer indéfiniment le vieux droit français si simple, si bien construit, si social et, j'en atteste Klimrath, si conforme encore, sur tant de points, aux besoins que l'on dit modernes.

THE BRUGES MANUSCRIPT OF VACARIUS

by

F. DE ZULUETA (OXFORD).

1. Outside the small circle of those who study the Glossators the name of Vacarius is hardly known. I do not propose even to summarise all that has been written about him from Wenck (*Magister Vacarius*, 1820), and Savigny (*Geschichte d. röm Rechts* 4, 411) to Holland (Oxford Hist. Soc. *Collectanea* II (1884), 165), Liebermann (English Hist. Rev. 1896, 304, 514, 1898, 297) and Pollock and Maitland (History of Eng. Law, 1898, 1, 111), but it is necessary briefly to recall the main facts about him.

A Lombard civilian trained in the Bolognese school, he was invited to England by the household of Theobald, Archbishop of Canterbury, between 1139, when Theobald received the *pallium*, and 1149, the date ascribed by Robert de Torigny to his great work, the *Liber Pauperum*. He was still alive and in England in 1198, so that his birth cannot be placed much before 1120.

From about 1164, when he appears as an agent of Roger, Archbishop of York, Vacarius's career was that of an ecclesiastical diplomat and lawyer, and earlier he seems to have served Theobald in the same way; but Liebermann is probably right in holding that the primary purpose of the *domus Theobaldi* in summoning him to England was to obtain instruction in the civil law. That, at least, is the only side of his activities with which we are concerned.

Where was it that he taught so successfully that he was induced by his pupils, as he tells us in his *prologus*, to compile his *Liber Pauperum*? That was in 1149, and under the circumstances

Canterbury is the probable place. True there is almost contemporary evidence that at some time he taught at Oxford, and this evidence is supported by the fact that in the closing decades of the century the *Liber Pauperum* was the standard text-book of the Oxford law school, whose members were therefore nicknamed *pauperistae*. But Dean Rashdall (*Universities* 2, 335) thinks 1149 too early a date for such a school at Oxford. Moreover, in 1159 Vacarius is still *noster* to John of Salisbury, Theobald's secretary (*Polycrat.* 8, 22).

The interest of the *Liber Pauperum*¹⁾ is twofold. First, it is the longest absolutely authentic work of the early glossator school. Vacarius came between 1139 and 1149, a young scholar full of the new Bolognese learning, to England, a country which possessed no native school to contaminate the purity of his doctrine. Secondly, he came at a moment when the civil law seemed to have a great opportunity in England: "In the woful days of Stephen" (1135—1154) "the future of English law looks very uncertain. If English law survives at all, it may break into a hundred local customs, and if it does so, the ultimate triumph of Roman law is assured"²⁾.

As is well-known, this danger to native institutions was averted by the development of centralized courts and a common law in the next hundred years. The spirit *nolumus leges Angliae mutare* was already abroad, and Liebermann has well shown that it is to this spirit, rather than to the animosity between Theobald and the king, that was probably due the royal interdict upon the civil law which silenced Vacarius during the closing years of Stephen's reign.

Roman Law missed its opportunity, but its influence upon the common law is by no means negligible, as the pages of Bracton (ca. 1250) show. The exact sources of the Roman law in Bracton

¹⁾ He wrote also a short theological piece *De assumpto homine*, and a small canonistic tract *De matrimonio* (Maitland, *Law Quarterly Rev.* 1897), but not *Contraria legis Longobardorum* (Liebermann, *Eng. Hist. Rev.* 1898, 297, correcting a long-standing identification of Vacarius with Vacella of Mantua who was unknown till the publication of Patetta, *Vacella quireconsulto Mantovano del. sec. XII* in *Atti della R. Acad. di Torino* 1896—97).

²⁾ Pollock and Maitland, 1, 110.

have been the subject of recent discussion ¹⁾. As the question stands at present, it does not seem likely that Vacarius and the *pauperistae* are amongst them, at least immediately; but a final negative will only be possible when a full edition of the *Liber Pauperum* has appeared. It seems, therefore, not out of place to put on record some results of my study of one of the manuscripts.

2. The Bruges manuscript with which we are concerned was identified as containing the *Liber Pauperum* by Keller in the first edition of Savigny's *Geschichte*, in the second edition Warnkönig pointed out that it is the same MS. as that catalogued by Sander ²⁾ amongst the *codices* of the *Monasterium Dunense* in Flanders: „Liber incerti Authoris inscriptus: Summa pauperum de legibus”. Catalogued in 1859 by Laude ³⁾ as number 375, it appears since that date to have been studied only by Stölzel, who in 1865 published three of its titles along with their glosses as an appendix to his work *Die operis novi nunciatio*, and in 1867 gave an account of the whole MS. in the *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* ⁴⁾.

Stölzel had greater opportunities of studying Bruges 375 than a few days spent in Bruges afforded me, and I certainly do not pretend to an equal knowledge of it. But there are various points in which his account requires to be supplemented or corrected.

He was very imperfectly informed of the history of the Bruges Library ⁵⁾. The collection catalogued in 1638 by Sander, or rather by Prior de Visch for him, was derived from two Flemish Cistercian monasteries, Ste. Marie des Dunes and Ter Doest. Both houses had been destroyed in the religious conflicts of the second half of the sixteenth century, and their communities ultimately found refuge in Bruges, where in 1624—28 they were united by Abbot Campmans as a new *Monasterium Dunense* in what is

¹⁾ Pollock and Maitland, I, 111. Holdsworth History of English Law, ed. 2, 2, 267. Woodbine, Yale Law Journal 1922, 827. Vinogradoff, *Rev. Hist. de dr. français et étr.* 1923, 333.

²⁾ *Bibl. Bely. msta. Insulis* 1641—44, p. 178.

³⁾ *Catal. des MSS. de la Bibl. pub. de Bruges*, p. 315.

⁴⁾ 6, 234. Referred to below as Stölzel.

⁵⁾ See *Ann. de la soc. d'émulation de la Flandre occidentale*, 2, 147; 65, 6. Poorter et Alliaume, *Catalogue des MSS. Mathématiques etc. de la Bibl. de Bruges* (Bruges, 1922). I owe these references and other information to the kindness of the Rev. Dr. de Poorter, the city librarian.

now the episcopal seminary. It was thus a library derived from both houses which was catalogued by Sander, and which, as the result of the French revolutionary invasion, is now, so far as it survives, divided between the city library and the episcopal seminary.

Hence our MS. 375 may be either a *liber Dunensis* or a *liber Thosanus*¹⁾. A *liber Thosanus* in its original binding is recognizable with some certainty²⁾, but here the binding of brown leather is in a style which I am told is characteristic of Abbot Campmans above mentioned, and the beginning and end flysheets appear to be of the same date³⁾. *Libri Thosani* had, on their outside, titles consisting of rectangular parchment slips covered with horn and retained by an iron clamp. Our MS. contains such a parchment title pasted at the foot of fol. 1a: *Summa pauperum in legibus* written in a large early hand, the *S* being nicely illuminated in red and blue like the initials throughout the *codex*.

The question of origin must be left to local research, but before doing so, I would venture to point to one source of information which seems not yet to have been utilised. The original Dunes monastery was destroyed in 1566, and the monks, with what they could save of their library, suffered other vicissitudes before we find them at a *refugium Dunense* in Furnes. It was there in 1584, 40 years before the fusion of the two libraries, that a list of the books that had been saved was compiled, and this list, showing 75 printed books and 139 MSS., was extant in 1840 in the archives of the Bruges seminary⁴⁾. If still extant, it must be a document of the first importance for the history of the Bruges Library: if, for instance, our *codex* 375 is in it, it is a *liber Dunensis*, and if not, it is presumably *Thosanus*.

3. The old title slip pasted at the foot of fol. 1a shows after

¹⁾ On the importance of the Ter Doest Library see Lehmann, *Franciscus Modius als Handschriftenforscher*, Munich, 1908, pp. 121 ff.

²⁾ Poorter et Alliaume, *Catalogue*.

³⁾ The watermark (not in Briquet) look like an ornamental vase and lid, with M. C. below and an elaborate scroll above.

⁴⁾ *Ann. de la soc. d'ém.* 2, 147—8: „Inventaris van boucken ghevonden in 't huis van Veurne, overghebleven van librarie van Dunen, ghemact den 3en Sept. 1584.”

Summa pauperum in legibus a small Burgundian cross, which is the mark of the Abbaye des Dunes. Below the cross are the numbers 1 and 135, possibly the reference numbers of the old library. The cross is repeated at the top of fol. 7a and at the bottom of fol. 143b, the last complete page. Other markings and notes appear to be modern.

The title is misleading, and I should say not Vacarian. *Summa* ought to indicate an original systematic exposition, whereas the *Liber Pauperum*, to give it the name current at the end of the twelfth century, is an abbreviated *Corpus Juris*, based mainly upon the *Codex* but containing copious extracts from the Digest, to which the gloss adds, besides further extracts from these two sources, many of the *Authenticæ Communes* and original *scholia*. A better name would be *Breviarium*, and moreover a *Summa* should be *in leges* or *legum* according to the ordinary usage of the period.

The *codex*, as Sander's informant saw it, was probably already incomplete at the beginning, but Vacarius' name would in any case have had to be sought in the post-Vacarian glosses; for, to judge by the other MSS. our author was at no pains to advertise himself either in the title or in the preface, nor did he sign his glosses, at least habitually.

The MS. (350 × 255 mm.) begins with two narrow strips, which are the inner edges of folios torn out; next come 143 complete folios correctly numbered by a modern hand and in their true order (fols. 1—143); finally we have one folio (144) which has been reduced by vertical cutting to about one-third of its original size.

Beginning with the title *De Summa Trinitate* on fol. 1a we find Vacarius' nine books complete, ending on fol. 138b, Col. 1, with the title *De bonis proscriptorum* etc. This is immediately followed by the rubric *De verborum significationibus*, which introduces the text of Dig. 50, 16, nearly *in extenso*, covering up to the middle of Col. 1 fol. 142b. Then, almost without an interval, we come to an Index of Titles, in 3 columns, which ends on fol. 144a, Col. 1. The rest of fol. 144 was probably blank like what remains of its verso; at any rate it has been cut off.

The text is in two columns of about 235 × 65 mm.; the top and outer margins have been reduced in binding; so that glosses,

especially in the outer margin, are often incomplete. The average measurements of the margins are roughly: top 30 mm. deep, bottom 85 mm. deep, interior 50 mm. broad, outer 60 mm. broad. The gatherings, with the exception of that formed by fols. 57—62, are all of 8 folios or 16 pages. Fols. 143—4 which are one double folio are probably a later addition. At the top centre of the rectos is the number of the book in red, but there is no number on fols. 139—142, which confirms the view that the title *De verb. sign.* was regarded as an appendix to the whole work and not as part of book 9. These book numerals are Roman as far as fol. 66, and also on fols. 72—81 (book 5), but the latter part of book 4 (fols. 67—71), and books 6—9 show Arabic figures¹⁾. The versos are curiously marked: fols. 1—3, 7—13, 20—28, are marked P in red; fols. 4—6, 14—19, 29—36, S in red; from fol. 37 onwards they bear the number of the book in red, the characters, except in book 5, being Arabic.

4. The *prologus* is extant complete in the Prague MS. (P) and in Wenck's printed version²⁾ of his now lost MS. (W); its beginning is wanting in the Worcester MS. (V), and it is entirely absent from the Avranches MS. 142³⁾ (A) and from the Königsberg MS. (R)⁴⁾, as from our present Bruges 375 (B). It falls into four parts: i. a personal prelude, ii. extracts from the constitutions *Summa*, *Cordi*, *Deo auctore*, and *Tanta*, iii. a second personal passage, iv. extracts from the first two titles of the first book of the Digest.

In B two narrow strips of parchment precede fol. 1 and are clearly the remains of two folios. The other edges of the two strips are turned under the first gathering (fols. 1—8) and pasted to the inner edge of fol. 8b; this is merely a binder's or repairer's precaution, since there is no gap between 8b and 9a. It is thus difficult to see whether the two strips belong to a single double sheet or not, but my impression is that they do not.

The first strip has writing on its recto which is too fragmen-

¹⁾ These Arabic numerals give no clue as to the exact date of the MS. See Hill, *The Development of Arabic numerals in Europe*, Plates II and III, p. 30.

²⁾ *Magister Vacarius*, Leipzig 1820. I take my information as to P and R from Stölzel.

³⁾ See my description: *Eng. Hist. Rev.* 1921, 545.

⁴⁾ Wenck, *op. cit.*, p. 315.

tary for reconstruction, the second strip is entirely blank, but the verso of the first strip shows four glosses, namely: *Materie qualitas*, (line 6), *Operis qualitas* (line 10), *(O)peris utilitas* (line 19), and *Vacarius* (line 39). Stölzel (pp. 258—9) attributed the first three glosses to part i of the *prologus*, whence he concluded that the *prologus* in B must have ended in the middle of part ii, before the extracts from *Tanta*. He proceeded to infer that B represents an older version of the *prologus* than P and W, which give the longer „second edition”. It is curious that when, at the beginning of his article, he enumerates the MSS. of Vacarius, he does not mention the Worcester MS. (V), of whose existence he was of course fully aware from Savigny's second edition. V now takes its revenge, for it preserves the first three of the small glosses just quoted ¹⁾, and not in the early position attributed to them by Stölzel, but towards the end of part ii, next the extracts from *Tanta*. The fourth gloss, *Vacarius*, for which Stölzel could find no explanation, is not indeed in V, but its significance is now obvious from its position in relation to the previous glosses. It simply draws attention to the authorship of part iii. We may therefore conclude with certainty that B at one time contained the full *prologus*, and that Stölzel's hypothesis of two editions is baseless.

5. Stölzel (pp. 250, 261), in confirmation of his theory that B represents an earlier MS. tradition than P, W, R, states that B's text is shorter than theirs, not so much by omitting titles as by omitting passages. As regards text, the only cogent comparison would be with P, as to which Stölzel speaks with authority. My own researches in the matter only extend to a comparison of V (closely akin to B) with photographs of P in book 1, and with the printed text of B in the three titles of book 8, published by Stölzel. I have found no confirmation of Stölzel's statement, and view it with some suspicion.

As to the titles, I can confirm him. B sometimes omits a rubric, but the matter is there; or inserts a rubric, but it is only a subdivision of matter found in other MSS. (chiefly V W) under the previous rubric. B does, however, omit *Vacarius* 5.

¹⁾ V reads: *materie quantitas*.

5. *Si nuptie ex rescripto petantur*, probably by accident, and also the title *De seruo corrupto*. Here we have a real discrepancy in the MSS. In V W the title *De seruo corrupto*, excerpted from D. 11, 3, is in the middle of book 8, last of the title *de furtis*, whereas in P A it is the last title of book 8. Like Stölzel I cannot find either rubric or matter in B, which therefore in this respect stands alone, though on other grounds it must be classed with V W ¹⁾).

6. Stölzel (pp. 253 ff.) following Wenck (p. 322) gives reasons for holding that a complete Vacarian *codex* would end with the titles *De verb. sign.* and *De reg. iur.*, as appendices distinct from book 9. The conclusion seems justified, and may help to settle the origin of some small English MSS. containing, in the Vacarian manner, only excerpts from these titles. For the first title the evidence is strong. Naturally it is not in V A R which break off too soon, but it is in B ²⁾, and, according to Stölzel, it is in P as far as the beginning of fragment 131. Neither title is in W, but W, like every known MS., abounds in citations: *infra de verb. sign.* and *infra de reg. iur.* The second title was at least bound up with Antonius Augustinus' burnt (Escorial) copy, which is catalogued as follows ³⁾: „Incerti auctoris breviarium, sive excerpta ex enucleato iure Digestorum et Codicis, pauperibus Anglicis destinata, ac novem libris comprehensa. Regulae iuris. Liber in membranis annorum CD. forma folii”.

B seems never to have contained *De reg. iur.*, since the title *De verb. sign.* is followed immediately (fol. 142b) by the Index, which in this part appears to be contemporary. The testimony of P is more doubtful ⁴⁾. The page on which *De verb. sign.*

¹⁾ In Eng. Hist. Rev. 1921, 551, I laid some stress on the fact that V alone places the title *De iniuriis* immediately after *De privatis delictis* and before *De furtis*. I have since found that B is here with the majority, but also that V's glosses show that its peculiar order is merely the scribe's error.

²⁾ Stölzel, p. 253, gives an incomplete list of the passages of the title D. 50, 16 which are not included by B. This is not the place to complete the list, but it may be noted that, if B is a safe guide, the excerpts from the same title in British Museum Royal MS. 11 B XV, fol. 99b are not Vacarian.

³⁾ *Opera* 7, 103.

⁴⁾ Information from Stölzel pp. 253 ff.

breaks off is mostly blank, but there is writing on the fragmentary folio which follows.

The evidence for *De reg. iur.* is thus rather slight: the citations *infra de reg. iur.*, and Antonius Augustinus' catalogue. But it should be added that two Vacarian glosses on D. 50, 17, 60 and 63 respectively are preserved in the British Museum MS. of Bulgarus *De Regulis Juris*¹).

7. Stölzel (p. 254) regards the variations between B's Index and the rubrics of the text, in particular the absence of the rubric *De verb. sign.* from the Index, as proof that the Index was not compiled from the body of B but copied from another MS. But the Index does end with *De verb. sign.*, and variations in matter so familiar to scribes as the titles of the Code and Digest are of small weight. The Index on the other hand repeats peculiar mistakes²) of the text, from which there can be no doubt that it was compiled.

Apart from later *stylus* notes, the glosses are for much the greater part in the same hand as the text. The problem for a scribe was to keep the Vacarian glosses distinct from later accretions, and this is done in A P by an elaborate system of separate columns. The scribe of B seems to have copied from a *codex* in which the Vacarian and post-Vacarian glosses were distinguishable, but he was at no great pains to preserve the distinction. Neglecting in general the ruled columns of his pages, he strewed glosses irregularly round the text, often forgetting to connect them with the text by appropriate signs. He suffered sometimes for his carelessness by copying the same gloss twice. Yet he was a pretty penman, and was fond of throwing his glosses into triangular and other fancy shapes.

The result is confusion. It would be safe to prophesy that Stölzel's laborious study of B will not lightly be repeated. Thus, he found citations of Bulgarus, Martinus, Rogerius, Placentinus and Jacobus, as well as of the *bolonienses* and *domini nostri* collectively, and of Vacarius himself, whereas in my shorter in-

¹) Royal MS. 11 B XV f. 89b. Beckhaus, *Bulgarus de reg. iur.* pp. 54—56.

²) A flagrant example is that in the text the extracts from the Codex under the title *De fide instrum.* etc. (Vacarius 4, 18. B fol. 45a) are marked off from the preceding Digest extracts by the heading *Alexander* in red. Accordingly *Alexander* figures as a title in the Index!

spection I only came across Vacarius and Bulgarus. Again, he found six canonistic citations, all, with one exception, from the second part of the *Decretum*, whereas, besides the exception, I only found one ¹⁾).

I was able, however, to make a rapid comparison of the B glosses on book 1 and part of book 2 with those of V W A, besides using the glosses on the three titles of book 8 published by Stölzel in his *Die operis novi nunciatio*. My conclusions are that there is a very close connection between B and V, that A P form a distinct group, and that W probably belongs with B V. The short interlinear glosses of B V constantly coincide; A P diverge in this matter and W being lost cannot be compared. Again there are remarkable coincidences between the post-Vacarian marginal glosses of B V. Chance led me to hit upon an example which seems conclusive. On D. 2, 11, 4, 4 (Vac. 2, 4. V 16a-b, B 8a-b) V has a gloss which I had judged from its appearance not to be part of the main Vacarian *stratum*, and which is neither in A nor mentioned by Wenck. It is fairly long and contains an interesting dissent of Vacarius from Bulgarus, both of whom are cited by name. Now, not only is this gloss also in B, but in the course of it the following occurs in both MSS.: *datum modi D. de accionibus et obliga, traiecticie cum tempus*, i. e. a reference to D. 44, 7, 23 is sandwiched between the syllables of the word *modicum*.

9. Stölzel published a number of B glosses, of which two have a special interest.

(a) At the foot of fol. 5a we find the following written in the ordinary hand:

„Alex. 1111. com. hug. Nos certitudinem cause tenentes literas illas sub ueri saturitate impetratas penitus euacuamus et eas nullas uires habere decreuimus.”

There is no reference mark; the titles on this page are Vacarius 1, 11—15 (Wenck's numbering), being excerpts from C. 1, 19; 20; 21; 22; 23. On C. 1, 23 Wenck (p. 189) notes as follows:

„Ad L. 5 glossa: *argumentum pro decano eboracensi*, quae verba spectant ad notissimam Eboracensis et Cantuariensis ecclesie con-

¹⁾ Of c. 2 C. v. q. 3 at the title *De delatoribus* (fol. 6a).

troversiam, et glossarum nostrarum Anglicanam originem probant. Cf. Collect. Decretal. Alex. III a Boehmero ed. tit. LV c. 2 et 3., et e posteriori depromptum cap. 1. X. ut lite pendente nihil innov". This explanation is very doubtful, because if it is correct, the argument should be for the archbishop and the gloss ought to have gone with tit. 13 (C, 1, 21 *Ut lite pendente*). Returning to B's decretal, Stölzel (p. 244) apparently read Alex. III. But IIII is certain, and if correct makes B at least fifty years younger than I suppose it to be (Alex. IV 1254—1261). Let III pass provisionally as an emendation. But Stölzel goes on to connect the decretal with Wenck's small gloss, and to conclude that it is a version made from English sources of the decretal of Alexander III which passed from the *Compilatio Secunda* (2, 9, 1) into Gregory's *Liber decretalium* (c. 1. X. 2, 16)¹. For this there does not appear to be any ground. The phraseology does not in any way recall that of the fuller versions published by Boehmer and Friedberg; and what is a Count Hugo doing *dans cette galère*? Even the ascription to C. 1, 23, 5 is doubtful. I find a Norman Count Hugo in some picturesque matrimonial litigation described by John of Salisbury in his *Historia Pontificalis* c. 41 (Mon. Germ. Hist. XX.), but that was in 1150, under Eugenius III, in Apulia. Perhaps some canonist will help me. If Alex. IIII is right, we must revise our opinion of B's date.

(b) At the foot of fol. 87b is the following idle distich, accompanied by a caricature, written with *stylus* by a later hand:

hiche of Wicumbe
hekan Weltumbe.

We must read: "Hiche of Wicumbe, He kan welcum be", Hiche being for Richard by the system of changing initials in pet forms. Wicumbe is presumably High Wycombe, a town in Buckinghamshire on the Oxford road, and the strong sounding of its final dative — e fixes the date of writing as not later than the fourteenth century²).

¹) The decretal concerns the controversy between Canterbury and York, as to which see Makower, *Constitut. Hist. of the Church of Eng.* (Eng. Trans. 1895) § 34 notes 11 ff. 20, 22.

²) I owe this explanation to Mr. W. H. Stevenson.

10. B is of English origin, and on palaeographical grounds must be assigned to the early thirteenth century, the period in which most of the extant Vacarian MSS. were written. Its glosses, like those of V, are not a gradual accumulation, but are substantially a straight piece of copying. Neither MS. is so arranged as to distinguish clearly between Vacarian and post-Vacarian work; for that purpose some measure of assistance from A and P is essential. In spite of the close connection between B and V which I have shown, B's glosses appear to represent a somewhat more advanced post-Vacarian stage, in which the opinions of rival glossators are more freely bandied, and canon law more frequently cited. As authorities for Vacarius there is not much to choose between the two, but, while B is more complete and perhaps freer from corruptions, the superior legibility of V and the greater readiness with which its glosses can be traced and connected with the text will always render it a preferable source.

SENTENTIËN VAN DE HOOFDMANNEN- KAMER VAN STAD EN LANDE

DOOR

A. S. DE BLÉCOURT (LEIDEN).

(*Vervolg.*)

III. Bezit. ¹⁾

24. Ommel. 19 Jan. 1737. Bezitsquaestie. Stoornis in 't bezit door palen te slaan in een gracht en er eendennesten op aan te brengen.

„De saeke van monstercomm. Joris van der Swaegh, nomine uxoris, in qlté, imp., contenderende tegen Sibrant Menses, ged., om genoegsaem redenen te geven, waaromme de imp. hebt geturbeert in het posses van deszelfs gracht te Aduard, door het inslaen van 4 paelen in deselve en belegt met planken, waerop eendenusten zijn leggende, bezuiden uwe hiemstede, bij faute van dien hetselve moeten removeren en van diergelijke attentaten onthouden, tot nadere verklaring, salvo jure alio, hebben de H.H. op naesten gelegd”.

28 Juni 1738. Bezitsquaestie. Stoornis in 't bezit door palen te slaan in een gracht en er eendennesten op aan te brengen. Summair of plenair bezit; bewijslevering.

In saken de heer monstercomm. van der Swaegh, nomine uxoris, imp., tegen Sibrant Menses, ged.

Imp. verzoekt confirmatie van het mandaat, omdat ged. niet bevoegd is palen te slaan in de gracht, van welke imp. alleen „in posses is”, noch om daarop eendenusten te plaatsen, welke eenden imp.'s „aardvrugten” vernielden en „consumeerden”. Den

¹⁾ Bij deze rubriek onthoud ik mij bijna geheel van aantekeningen, omdat eerlang in een proefschrift over de bezitsacties ook deze sententiën ter sprake zullen komen.

11^{en} Mei 1737 heeft ged. litis contestatie gemaakt en „de genomenene conclusie prout jacet”, ontkend. Imp. heeft 2 verzegelingen overgelegd, waarbij zijn voorzaat in bezit is gesteld van het z.g. dwaalhof met singels en grachten, w. o. deze gracht; heeft verder overgelegd attestatiën, dat hij met een scheepje geregeld deze gracht heeft bevischt.

Ged., contra-conclusie nemende, „contendeerde ten eynde de gemaakte litis contestatie met het bijgebragte onvoldaan mogte worden verklaart”; ontkent door 't plaatsen dier nesten te hebben „geturbeerd” in 't „posses”; het bij de verzegelingen verkochte, ligt niet in „de einden en swetten”, als imp. stelt; ged. daarentegen houdt op deze gracht een „krett”, waarop hij zijn water schept, en is dus in 't bezit.

Imp. beroept zich in verband met zijn bevisschen van het grootste deel der gracht nu op Voet, ad. tit. de acq. poss., num. 9 (D. XLI, 2), ten bewijze dat hem 't geheel toebehoorde; en omdat hij, imp., bewezen had „in 't summair posses te zijn”, zoo behoorde hij naar regte daarin te worden „gemaintineert”, volgens Voet, ad tit. *uti possidelis*, num 6 (D. XLIII, 17).

Ged. voert hiertegen aan, dat hier „geen posses summair in consideratie quam, dewijl men hier niet verseeerde in cas van spolie, maar quaestieus was over een posses plenair, 't welk in gevolge lantregte met 2 getuigen moeste werden bewesen”.

„Met wijderen, partijen wederzijds gehoord, hebben de H. H. de litis contestatie met het bijgebragte onvoldaan verklaart.”

25. Ommel. 20 Oct. 1764 *Verschil tusschen plenair. possessor en summarium possessorium.*

J. G. Geertsema, imp., contra den heer W. baron van In en Kniphuisen, heer van de Nyenoort, en mevr. S. P. Clant, wed. Geertsema, ged., „om genoegzaam regtens redenen te zullen hebben te geven, waarom sonder mede consent van den imp., des 26 Juni 1763 in de kerk tot Grypskerk hadden laten kondigen, om op Donderdagh de 30 Juny in 't regthuis tot Grijskerk publijk aan de meestbiedende voor den tijdt van ses jaren te willen verhuiren 10 sitplaatsen in de Reitsemabank”, en daardoor den imp. „in het medebesit” van die bank „quamen te turberen”, etc. etc.

Ged. werpen op de exceptio fori declinatoria, wyl 't hier een proces geldt tusschen 2 Ommelanders, die wel is waar volgens art. 22 Pocessordre elkaar voor deze kamer konden dagvaarden in quaesties van possessoria summaria en in geval van spolie en turbe; maar hier was geen quaestie van turbe in posses; slechts was aangevoerd dat imp. 3 jaar in de bank had gezeten en eigenlijk was hier *eigendom* gesteld, omdat imp. zei, dat hij de Reitsemalanden had aangekocht; hier viel òf ten petitoire òf in posses plenair te beslissen en dit moest voor 't gericht te lande.

Imp. „contendeerde tot rejectie” van deze exceptie, „sustine-rende”, dat alle possessoria summaria ter eerster instantie voor deze kamer kwamen, als iemand was „geturbeert” in zijn „posses”, gelijk hier was geschied; er is gesteld en bewezen 3-jarig bezit en niet krachtens gedoogen maar door aankoop van land, waarbij de bank hoorde; een publicatie van verhuring, als hier plaats greep, is stoornis, lex 3, § 2, ff., uti possidetis (D. 42, 17 [16], 3, 2); zie een vorige zaak van 6 Oct. 1757 in zake Hindrik Sissingh.

De exceptie wordt verworpen met compensatie van kosten.

(In art. 22 van de Instructie voor de Hooge Justitiekamer van 27 Nov. 1749 wordt bepaald, dat de possessoria summaria, als zaken van maintenue, turbe, en spoliën, tam rerum corporalium quam incorporalium van de Ommelanden ter eerster instantie voor de Kamer komen, doch possessoria plenaria niet.)

26. Ommel. 8 Nov. 1768. Actie wegens stoornis in 't bezit van als richter zekere rechterlijke functiën uit te oefenen, ingesteld door den richter van Appingedam tegen de richteren ten Damme.

H. Berghuis, „rigter” van Appingedam, imp., tegen de „agtbare heeren burgemeesteren, als rigteren ten Damme”, gedaagden, ten einde redenen te geven, waarom zij ten verzoeken van Peter Dorenbos en cons. het beneficium inventarii over de nalatenschap van wijlen hun vader Jan Luirts Dorenbos hebben gegeven en vervolgens er beschrijving van hebben laten doen door hun secretaris, waardoor zij den impetrant hadden geturbeerd in de sessie van de private jurisdictie te dezen opzichte.

Ged. bekennen bij litiscontestatie het feit, ontkennen daardoor turbatie te hebben veroorzaakt in een wettig bezit van imp.

Imp. beweert, nademaal 't hier enkel over rustig bezit gaat,

zonder zich eenigermate over 't petitoire uit te laten, dat hij bezit van 1689 tot 1761 toe, gelijk dit is bewezen met een menigte van „blijken van geexerceerde actus”, zonder dat ged. één actus ter contrarie kan toonen; de „rigteren ten Damme” hebben het recht van beschrijving over vaste goederen; de „rigters van Appingedam over de mobilia”; in 1734 ondernamen de gedaagden een beschrijving over een „snikbeurt” van Jan Claesen; toen emaneeerde de richter van Swinderen een mandaat en hebben de rigteren ten Damme berust; al de „blijken”, door ged., geproduceerd, handelen over beschrijving van vast goed en daarover gaat 't hier niet; de bewering van ged. dat 't hier een regaal is, dat niet kan verjaren, is onjuist, 't betreft hier een jurisdictie, die één zaak in den handel is; bovendien dit raakt het petitoir.

Ged. voeren aan: de regeering van Appingedam heeft de civiele en deels ook crimineele jurisdictie volgens buurbrief en in dit recht heeft ze tot 1515 gecontinueerd; in oorlogstijd heeft de richter van Appingedam zich het recht aangematigd; na oppositie van de zijde van de gemeente van Appingedam heeft koningin Maria in 1557 de regeering van den Dam in haar recht hersteld; de hovelingen hebben zich nooit „binnen de oude stads-swetten van den Dam de jurisdictio media” aangematigd; in 1567 hebben ze een contract gemaakt te Tjamsweer met de gemeente van den Dam; daarna heeft de communiteit van den Dam niet alleen over penningschuld geoordeeld, maar „zelfs alle actus jurisdictionis mediae geoeffent”; de actus, waarop imp. zich beroept, zijn vi of clam geschied; er is noch bona fides noch justus titulus, te minder wijl deze gerechtigheid van jurisdictie behoort tot de regalia en dus tot het jus publicum; „kunnende ook tegen de grondheerlijke en dominiale leenen geen praescriptie plaats hebben (Schomaker, Cons., V, c. 57, n. 42; ook Ommel. landr., IV^e boek, houdende dat men een ommegang in een rechtstoel wel kan verzuimen maar den eigendom er van niet verliezen kan; Old. landr., III, 45. Hier is op verre na geen tempus centenarium bij impetrant, en dus geen posses, wijl 't hier een regale betreft.

Het mandaat wordt geconfirmeerd.

Op 4 October 1768 was er een schikkingscomparitie bevolen; de schikking is mislukt. In de sententie van dien datum worden

de beweringen van partijen eenigszins anders weergegeven; ged. beweren, dat indien imp. het recht al uitoefent met recht (*quod non*), zij dan nevens imp. het recht uitoefenen, en wèl niet alleen ten *possessoire* maar ook ten *petitoire*; dat de oude stad de Dam in vroege tijden een „democratische regeringsform uitmaakte”, wel veel rechten heeft verloren, maar niettemin „de middele jurisdictie” behouden; de hovelingen hebben zich nooit in den Dam de middele jurisdictie aangematigd, integendeel op 4 Sept. 1567 hebben ze met de gemeente van Appingedam te Farmsum gecontracteerd, dat in sommige zaken de hovelingen bij de richteren en deze bij de hovelingen zouden zitten.

(Voor de Friesche rechtsgeschiedenis is deze sententie niet onbelangrijk. Appingedam's stadsrecht vertoont een zeer eigenaardig karakter. Over de scheiding van de bevoegdheid tusschen den redger in Appingedam (wiens staande rechtstoel de stad Groningen had weten te veroveren) en de richteren ten Damme is veel te doen geweest. Ik kan er hier ter plaatse niet verder op ingaan. De kiem der quaestie is reeds duidelijk te bespeuren in den buurbief van 1327, bij Richthofen, *Rechtsq.*, p. 295 e. v., §§ 1, 2, 9, 10—17, 30; ook gedrukt in *Oork. Gron. en Dr.*, I, n°. 307.)

27. *Ommel. 28 Febr. 1769. De door de collatrix benoemde koster, afgezet zijnde door den kerkeraad van Spijk, ziet hierin stoornis in zijn bezit van dat ambt. De exceptie van den kerkeraad, dat deze zaak zou zijn kerkelijk en niet politiek wordt verworpen.*

Peter Conrads, schoolmr. te Spijk, imp., tegen den kerkeraad van Spijk, „waarvoor te vertoonen aan de heer A. Havinga, predikant op 't Zand”, ged., om genoegzame redenen te geven, waarom deze zich heeft onderstaan den imp. op 16 Sept. 1768 van den openbaren kerkedienst te suspendeeren, waardoor imp. is geturbeerd in zijn *posses*, en om inmiddels zich van verdere dergelijke ondernemingen te onthouden, op „geweltstraffe”.

De kerkeraad werpt op de *exceptio fori declinatoria*; de imp. had den predikant ter plaatse gelasterd, dezen niet rechtzinnig in de leer gescholden, geweigerd op zijn bevel de klok te trekken ten tijde van de catechisatie en was trots herhaalde berisping,

„refractair” gebleven, weshalve hij bij sententie des kerkeraads van 16 Sept. 1768 van avondmaal en kerkendienst was „gesuspendeert”; deze zaak is kerkelijk en niet politiek; zie ’t reglement voor kerkel. zaken van 1594, dat in 1595 ook in de Ommelanden aangenomen, in 1596 door de Staten der provincie is „gecorroboreert” en tot dusver in gebruik gebleven; imp. kan zich op de classe en synode beroepen. (Beroep op verschillende beslissingen van provinciale synoden.) Art. 22 der Camerale Instructie is hier niet van toepassing; de kerkenorde is door de Hooge overheid zelf goedgekeurd, en deze is hier toepasselijk.

Imp. wil rejectie der exceptie; de collatrice, Mevr. Alberda, als primaria collatrix, had aanmerking op de wijze van onderhoud van de kostorie en had dat toen zelf ter hand genomen en aan kerkvoogden laten weten, dat zij nu voortaan ’t kerkegoed zelf zou administreeren, waarop predikant en kerkvoogd gezegd hadden, dat zij nu den koster wel zouden vinden, waarop deze was gesuspendeerd en van zijn kusterswoning beroofd; ’t Hof is de competente rechter in deze zaak krachtens ’t Regl. Reformatoir en de Instructie van ’t Hof (artt. 1, 19, 29); bovendien niet de kerkeraad, maar de collatrix had hem tot koster en schoolmeester aangesteld; dus was hij sinds 1759 in het rustig posses, waarin hij wil gehandhaafd (Ommel. landr., II, 23.) Zie verder art. 43 oude en 22 der nieuwe Instructie; het kustersambt is geen kerkelijk ambt (Kerkenorde, 25, 48, 50, 55, 57, 69, 70).

Na verhoor van partijen in re- en dupliek, op 4 bijzondere sessiën, wordt de exceptie gerejecteerd. (Den 6^{en} Maart wordt deze sententie in revisie geconformeerd.)

28. *Ommel. 16 Febr. 1792. Actie wegens stoornis in het bezit van schoolmeester- en kustersambt, ingesteld tegen den collator, die den schoolmeester-koster had ontslagen op grond van beweerd wangedrag.*

Feiko Jimkes, koster en schoolmr. te Wetzing, imp., tegen den heer J. Bebingh, als unicus collator te Wetzing, gedaagde, ten einde buiten effect worde gesteld de acte, door u op 28 Sept. 1791 „gecoucheerd”, waarbij imp. als koster-schoolmeester en voorzanger wordt gedeporteerd, aangezien door deze acte imp. is geturbeerd in zijn posses dier ambten, maar „zult moeten gedo-

gen, dat de imp. in het posses van gezeide posten werde gemaintineert".

Imp. voert aan: In 1784 stelde A. de Graaff, toen unicus collator, mij aan; de beroepbrief werd door de classis van de Marne geapprobeerd; hij was door rampspoed nalatig gebleven in 't verantwoorden der collectepeningen en de plaats van collector was hem toen ontnomen; eenige personen, zich qualificeerende als gevolmachtigden van de gezamenlijke karspellieden, hadden toen arrest gelegd op zijn tractement als schoolmr.; zijn gedrag als collector niet verdedigende, beweert hij als koster, schoolmeester en voorzanger zich niet misdragen te hebben. Ik moet, — zoo vervolgt imp. — bezit en stoornis in 't bezit bewijzen (Voet, ad tit. ff. uti possidetis, n°. 2; D. 43, 17); voor 't bewijs van bezit doet hij bewijs op den beroepbrief en deszelfs approbatie en op 't feit dat de heer Bebingh hem betitelt als koster, schoolmeester en voorzanger en hem als zoodanig heeft ontslag gegeven; het Hof had bevolen dat tot den afloop dezer zaak alles in statu zou blijven; de stoornis blijkt uit 't ontslag. Van wangedrag in gemelde hoedanigheden was geen sprake; de quaestie van het collectorschap staat buiten dit proces; de kerkelijke censuur was op imp. toegepast op grond van het gebeurde met 't collectorschap; voorts beroept imp. zich op Ommel. landr., II, 23; Old. landr., III, 99, 100.

Ged. voert aan: Het slecht „comportement" van imp. was oorzaak, dat rechtschappen ouders hun kinderen hem niet toevertrouwden en dat hij kerkelijk werd gecensureerd; als unicus collator heb ik op aandrang der ingezetenen hem ontslagen; de collectepeningen had hij in drank verspild; voor het tekort was arrest gelegd, doch zijn goed had maar 18 stuivers opgebracht; de verspilling van 's karspels geld door „een allerslordigste levens-trein" had de verontwaardiging der ingezetenen opgewekt; ook had hij de kosterij (de kosterwoning) verslorderd, blijkens attestatie van den timmerman, die een onderzoek had ingesteld; 't ontslag is gegeven ex justa causa en door den bevoegden persoon, den collator, door zegel en brief heb ik de collatie gekregen, ex justo titulo is ze in mijn privatum dominium geraakt; het jus patronatus wordt niet door eenig recht van approbatie van de classes gelimiteerd; men zie Ommel. landr., IV, 4; de kerken-

orde van graaf Lodewijk erkent geen schoolmr. als kerkelijk persoon, doch enkel predikanten, ouderlingen, diakenen.

Imp. voert bij repliek aan: De eenige quaestie is, of mijn wangedrag als collector basis mag zijn voor 't ontslag uit het kosterambt c. a.; het patronaat involveert een recht van presentatie en niet van ontslag.

Ged. dupliceert: Hier is geen geval, dat complaincte toelaat; er moet voor complaincte zijn een soort van geweld, een species delicti; ad evitanda schandala, rixas et ne partes a verbis ad verbera veniant, wordt deze acta ingesteld en ze wordt beschermd in dier voege dat ze, mede ter bespoediging, direct voor de Hoven wordt aangebracht; van geweld is in dit geval geen sprake. Uit Boehmer, in jure eccles. protest., lib. 3, blijkt dat de patroni ook hebben 't recht om ontslag te geven; ten opzichte van de predikanten was 't wel gelimiteerd in deze provincie, doch ten opzichte van de kosteren was 't bij 't oude gebleven; nu hier geen schijn of schaduw van turbe is, had imp. moeten procederen met een z.g. „mandaat van redengeving”, het „ordinaire middel van justitie”; een complaincte kwam hier niet te pas (Bort, Tract., tit. 6, § 5).

Het mandaat wordt geconfirmeerd.

29. Ommel. 9 Juni 1792. *Schipper Vroom, varende met een beurtschip van Nietap op Groningen, vindt door een balk het vaarwater versperd, en vraagt provisie in possessoir summair, om te worden gemainteneerd tegen deze nieuwigheid, gepleegd door den heer van Nienoord. Deze beroept zich op stoornis van zijn veer. De Hoofdmannenkamer gelast remotie van de balk, doch voegt er bij dat Vroom moet ophouden te varen. In groot revies krijgt Vroom dit „additament” opgeheven.*

M. H. Vroom, schipper, van Nietap op Groningen varende, en vice versa, petitionant tegen den heer van Ulrum, als heer van de Nienoord, gepetitioneerde.

Petitionant voert aan, dat hij, na verscheiden ongehinderde reizen van Nietap naar Groningen en vice versa, op 29 Mei j.l., na 't Leekster meer te zijn overgevaren, verhinderd was zijn reis voort te zetten, naardien er een zware balk in de z.g. „Gave”

was gelegd, zoodat hij met schip en lading moest blijven liggen; deze „nieuwigheid” en „hinder”, was gepractiseerd door den heer van Ulrum; via facti had petitionant zich toen met recht een weg kunnen banen door dit „publicq canaal”, maar hij had geprefereerd zijn toevlucht te nemen „tot dit collegie, als aan hetwelk bij reglement het verlenen van provisiën in possessorio summario was gedemandeerd” en te verzoeken dat hem, die reeds 33 maal ongehinderd die reis had afgelegd, „tegens dese nieuwigheid” te mainteneeren en den heer van Ulrum te gelasten dien balk te „removeren”; het Hof had toen gelast, dat de heer van Ulrum binnen 3 dagen bericht moest inzenden; deze had, na eenig verkregen uitstel, bericht ingezonden en gesteld dat hij was in de immemoriable possessie van het veer van de Leek op Groningen en dat de petitionant zelf zich aan „ene nieuwigheid en turbe” zou hebben schuldig gemaakt; de moeilijkheid om bij „wetebrief” te ageeren tegen een Drent (petitionant was Drent) was de reden geweest, dat men deze methode had gevolgd, maar — zoo zegt nu petitionant — het is hier een belemmering van een publiek kanaal, de eenige gelegenheid, om van uit Drente en de Leek over 't Leekstermeer, langs de Monnikesloot in het trekdiep te komen; o. m. waterden Roden en Luttikewolde er op uit; het water stond onder de zorg van 't Niesloter Zijlvest en de ingelanden betaalden hun schot ook voor dit vaarwater; bij art. 22 der Instructie moest het Hof provisiën verleenen in zake van possessoria summaria, als maintenue, turbe, spolie, ne partes ad arma veniant; van een uitsluitend recht van gepetitioneerde op dit kanaal bleek niets, en al ware het anders, dan nog had gepetitioneerde langs anderen weg zijn recht moeten zoeken, door een mandaat van turbe uit te brengen.

De gepetitioneerde voerde hiertegen aan: hier is „summarie” quaestie over „turbe in een posses”; gij moet posses en turbe bewijzen (Bort, *Complaincte*, tit. 5, § 1 et seq.) en wel een posses van jaar en dag; zie Old. Landr., III, 99; de Gave was niet een zijlroerig object van 't Niesloter zijlvest; dit water stond onder opzicht van 't huis Nienoord en niet dit diep maar het Lettelberder, dat naar Enumatil liep, was de natuurlijke afwatering van de Drentsche karspelen, onder het Niesloter zijlvest ressorteerende; en of er al schepen langs dit water vrij mochten

varen, dit mocht niet worden uitgestrekt tot veerschepen, want 't huis Nienoord had posses van 't veer sinds onheuchelijke tijden; ik legde een balk in mijn eigen kanaal.

De hoofdmannenkamer gelast den gepetitioneerde om den boom te removeeren, doch verbiedt petitionant, om door het varen met een veerschip den heer van Nienoord in zijn bezit van veer te storen, met compensatie van kosten. (Den 8^{en} Juni 1793 werd revident Vroom verklaard in de revisie niet ontvankelijk.) Aan deze sententie in revisie ontleen ik nog de navolgende mededeelingen. Revident Vroom merkte op: dat hij niet wist dat iemand octrooi had, om met uitsluiting van anderen een veerschip te laten varen; van zijn voornemen dit veerschip in de vaart te brengen, was in Roden kerkkondiging gedaan; ook was er alle mogelijke publiciteit aan gegeven en niemand was opgekomen, om zich tegen zijn plan te verzetten; 7 weken had hij ongehinderd gevaren; geen privaat persoon kon eigendom van dit kanaal bewijzen; ter plaatse van den balk was het een deel van 't oude trekdiep van Groningen naar Stroobos; revident was ten tijde van het leggen van den balk „in possessone libertatis opzichtelijk dit canaal als van enen vrijen en openen weg”; „de eigendom van een publique weg bij geen privaat persoon zijnde”, zoo vermocht ook geen privaat persoon „dezelve eigener autoriteit te sluiten”; niemand mag zijn eigen rechter zijn (Ommel. landr., II, 1), zoo had het Hof dan ook beslist en de remotie van den balk gelast, maar ten onrechte was de beslissing verder gegaan; het ingediende request liep alleen over deze „gepractizeerde nieuwigheid”; door favorabel te beschikken op 't request werd aan revident geen posses toegekend en aan gerevideerde niet ontnomen; in dit summier proces op een request was zonder figuur van proces den gerevideerde toegewezen het bezit van 't veer. Gerevideerde voerde aan: van beslissingen ten possessor summair valt geen revisie (Ord. op de revisen, art. 1; Bort, Complaincte, tit. 1, § 48; Ord. op de appellen voor 't Hof van Gelderl., art. 6; zie Schrassert, Tract. ad ref. Vel.; Cod., lex unica, si de nom. poss. fuerit appellatum; Ommel. landr., II, 23; Old. landr., III, 100); op 't recht van den turbateur wordt in processen de possessorio summario niet gelet. Mocht deze exceptie niet opgaan, dan betoogde gerevideerde dat het huis Nienoord in 't bezit was van het veer op Groningen; de boom, die

hij had gelegd stoorde de open vaart niet voor kleine schepen; 't land aan weerszijden gelegen, hoorde hem toe; een oppasser had last voor alle schepen den boom te openen, zelfs voor dit schip, mits 't niet passagiers en pakgoederen vervoerde.

Den 29 Juni 1796 werd in groot revies in deze zaak beslist: gereformeerd werd de sententie in revies, waarbij revident niet ontvankelijk was verklaard; m. a. w. revident Vroom werd ontvankelijk geacht en ter principale werd beslist, dat 't revies goed en de sententie kwaad was, in zoover daarbij den revident het varen werd verboden. Gerevideerde werd onverkort gelaten in zijn rechten, als hij meende *mede* een veerschip te mogen aanleggen.

30. Ommel. 11 Nov. 1797. *Na de beslissing in groot revies in de vorige zaak, stelt de vrouwe van Nienoord een possessoire actie in tegen Vroom, die weer was gaan varen. Zij vraagt provisie in possessorio summair, om te worden gemainteneerd in bezit van kanaal en veer. Vroom voert hiertegen aan: Mevrouw van de Nienoord moet nu ordinario modo (in 't plenair possessorio of ten petitoire) ageeren, nu ik pas mijn provisie in deze zaak toegewezen kreeg. Vroom krijgt gelijk.*

A. M. Graafland, vrouwe van de Nienoord, petitionante, contra Marten H. Vroom, gepetitioneerde. Petitionante zegt, dat zij eigenares is van het huis de Nienoord c. a. en ook van het hoofdkanaal, loopende van het z.g. Moddermeer tot in het Leekstermeer en dat zij ook heeft in eigendom „het privatif en exclusif recht van het veer- of vrachtschip in evengenoemd canaal”; in het ongestoord bezit daarvan heeft Vroom haar geturbeerd door dit kanaal, loopende van de Leek naar het Leekstermeer, „met een z.g. veer- of vrachtschip te bevaren”; weshalve zij een request had gepresenteerd om in haar bezit te worden gemainteneerd, naardien zij zich in novissima possessione bevond, en dat Vroom zal worden verboden met zijn handelingen door te gaan. Krachtens art. 22 der Instructie van den Hove vermag het Hof provisiën in possessorio summario te verleen. Hier is niet een quaestie de jure possessionis, want daarover kon de gepetitioneerde in possessorio plenario ageeren; 't gaat hier over de „actuele possessie” en over de vraag of zij dáárin mocht worden geturbeerd.

Zij was niet alleen in *possessione novissima* maar zelfs in *possessione titulata, qualificata et non interrupta*. Aan 't huis de Nienoord behoorden oorspronkelijk alle venen en velden van de Leek tot het Moddermeer en in 't bijzonder de grond, waarop de kolonie de Leek is aangelegd, gelijk het nu nog den ondergrond, waarop de huizen staan, bezit, en waarvoor grondpacht of stede-geld wordt betaald aan Nienoord; het huis N. had op eigen kosten dat kanaal aangelegd en er verlaten in aangebracht; niemand mocht zonder permissie het kanaal gebruiken. Contracten van verhuring van 1763 en 1764 bewezen, dat 't huis Nienoord op dit kanaal een veerschip had aangelegd en bij scheiding van 1783 was dit bij 't huis N. gebleven, terwijl bij scheiding van 1796 *petitionante* het had gekregen. Naar Old. landr., III, 102, was zij dus in *posses*, daar zij het bij zegel en brief kreeg; dat Vroom heeft geturbeerd, staat vast; hij heeft een advertentie geplaatst, dat hij met een veerschip zou varen, en dan ook op 30 Juni 1796 gevaren, dus op een tijd, toen *petitionante* was in *novissima possessione*. Het vorige proces betrof enkel de Gave aan de overzijde van het meer. Die onderneming van 30 Juni 1796 was een turbe, waartegen de verzochte provisie van *maintenue* moest worden geaccordeerd, want *petitionante* was in *possessione novissima, etc.*, van meer dan jaar en dag; zij moest dus gehandhaafd (Ommel. landr., II, 23; Old., III, 99, 100), en wel in *possessorio summario* (zie Bort, *Complaincte*, tit. 5). In een *summair proces* wijst de rechter het *posses* aan dengene toe, die het meest *summarie* zijn *posses* kan aantoonen, waartoe een *possessio titulata et qualificata* wordt geprefereerd, ten welken einde de eigendomsbewijzen waren geproduceerd en geenszins om over eigendom of over het recht van bezit te laten oordeelen.

Gepetitioneerde voerde hiertegen aan: Er bestaat een natuurlijke vrijheid voor een ieder, om een publiek kanaal te gebruiken, voorzover deze vrijheid niet is gelimiteerd door den Souverein van den Lande. In 1792 heb ik een schip in de vaart gebracht van Nietap naar Groningen en had er 33 maal mee gevaren, toen die balk in de Gave werd gelegd door den bezitter van 't huis Nienoord. In het hierop gevolgd geding had het Hof beslist dat de bezitter van 't huis Nienoord dien balk moest verwijderen, maar er bijgevoegd dat Vroom hem niet mocht storen in zijn recht van

veer. Bij 2^e revies werd het additament van de sententie van 9 Juni 1792 kwaad verklaard, waarmede dus waren beslist 3 punten ten possessor summair: 1°. dat de bezitter van 't huis Nienoord niet bevoegd is eenige verhindering in de vaart aan te brengen; 2°. dat gepetitioneerde niet geïnhibeerd mag worden in de uitoefening van de vaart; 3°. dat hij niet verplicht is te bewijzen, dat de bezitter van 't huis Nienoord geen uitsluitend recht van vaart heeft, maar dat het huis N. ordinario modo dit recht ten possessoire of ten petitoire zal hebben te bewijzen. Daags na de sententie in 2^e revies heb ik weer gevaren en terstond presenteert petitionant dit request. Zij heeft niet het recht, om een mij in judicio extraordinario toegewezen provisie door een contraprovisie buiten effect te stellen (Instr. Hof, art. 22). Bij den aanvang van 't vorig proces was ik in novissima possessione libertatis; daarin word ik geacht gecontinueerd te zijn; daarin moet ik gemainteneerd (Ommel. landr., II, 23) heen ter tijd ik er met beter recht word uitgezet ten petitoir of possessor plenair. Om nu haar onrechtmatige procedure een glimp te geven, zegt petitionante, dat het hier over een ander water gaat dan in 't vorig proces, maar dat is onwaar. Bij die verzegelingen wordt wel een veerschip, niet een recht van veer toegescheiden.

Er wordt in 't verzoek gedifficulteerd.

31. *Ommel. 2 Juni 1804. Ten possessor summair vragen drie der kinderen van wijlen E. J. Lewe van Aduard, om in 't medebezit der nalatenschap te worden gesteld. De gedaagde, het vierde kind, ontkent zich in 't bezit van den boedel gesteld te hebben, doch enkel van 't huis Aduard, dat fideicommissarie hem was vervallen. Over verschil tusschen summarium en summiissimum.*

B. Lewe, R. A. van Swinderen, nom. ux., en J. C. S. van In en Kniphuisen, nom. ux., als medeërfgenen van hun vader E. J. Lewe, petitionanten, contra C. J. Lewe, gepetitioneerde;

Petitionanten vragen, dat de Raden in den Hove, geen genoeg nemende met het bericht van gepetitioneerden, favorabel op 't request zullen disponeeren, aanvoerende, dat zij als kinderen en medeërfgenen van hun vader, wijlen Evert Joost Lewe,

verscheiden malen hun oudsten broer C. J. Lewe hadden aangezocht, om met hen de noodige arrangementen te maken nopens huns vaders erfenis; dat deze dit onder allerlei voorwendsels ontweek; dat zij hem er van verdachten zich een exclusief en privaatief recht op het huis Aduard te willen aanmatigen; dat zij dus den Hove verzochten in het medeposses der vaderlijke nalatenschap te worden gesteld, speciaal in het huis Aduard c.a.; dat in zijn bericht C. J. Lewe vnd. beweerde het huis Aduard niet als een deel der vaderlijke nalatenschap, doch krachtens testament van wijlen E. J. Lewe en zijn vrouw Emerentiana van Bierum, d.d. 21 Oct. 1739, in bezit genomen te hebben, en verder ontkende iets meer in bezit genomen te hebben, om dat hij de sleutels had laten verzegelen; dat petitionanten daaromtrent willen opmerken, dat onbetwist is, dat zij medeërfgenenamen zijn en dat gepetitioneerde bezit heeft genomen van 't huis Aduard, en daardoor tevens van alle goederen, effecten en preciosa van den boedel, en dat het hun onbekend gebleven verzegelen der sleutels niets hierin veranderde; dat het evident, was dat petitionanten ageerden ten possessorio en gebruikten een remedium possessorium, hetwelk in rechte altijd extraordinair is, wat niet werd tegengesproken, zoodat partijen verseerden in *judicio possessorio summario*; dat het *interdictum quorum bonorum ad adipiscendam possessionem* strekte ten behoeve van erfgenamen, om de nalatenschap te verkrijgen en gericht was tegen een bezitter, die geen beter recht kon toonen (Huber, V, 8, 1), en dat hierbij voldoende is te bewijzen, dat de erflater bezat; dat voorts het *uti possidetis ad retinendam possessionem* beschermde den bezitter van jaar en dag tegen den stoorder en het *interdictum unde vi ad recuperandam possessionem* strekte; dat hier geen quaestie viel te beslissen over rustig bezit van jaar en dag zooals bij de *maintenue*, naar Ommel. landr., II, 23, maar eenvoudig gevraagd werd medebezit als erfgenamen; dat nu gepetitioneerde het testament van 1739 niet had geproduceerd, hij geen beter recht had aangetoond (Voet ad tit. Dig. quorum bonorum, 43, 2); de *nuda possessio* gaf den gepetitioneerde geen recht *maintenue* te vragen, want Ommel. landr. II, 23, ziet alleen op 't geval van *maintenue* in cas van *turbe*, gepleegd tegen een *possessie* van jaar en dag; evengemeld artikel behandelt de *interdicta uti possidetis* en *unde vi*; bij 't

eerste was bezit van jaar en dag en daartegen gepleegde feitelikheden, bij het laatste spolie noodig te bewijzen, terwijl bij het interdict quorum bonorum slechts viel te onderzoeken, wie potiori jure gaudeerde; ook sprak art. 23 niet van detineeren, maar van bezitten; gepetitioneerde nu bezat niet pro suo proprio, integendeel, hij was clandestien possesseur, quia clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens, ignoranti eo, quem metuit, in possessionem ingreditur (lex 6 ff., de acq. poss., D, 41, 2) gelijk gep. had gedaan.

Gepetitioneerde voerde hiertegen aan: Hij wilde wel scheiden met zijn medeërfgenen en had enkel bezit genomen van 't huis Aduard c. a. en daarvan een verklaring gedaan aan hen, die bij die inbezitneming tegenwoordig waren, n.l. aan den wedman L. Raangs en 2 anderen, en deswege een acte in forma voor den drost van het Westerkwartier laten opmaken; dat hij zich grondde op 't testament van E. J. Lewe en zijn vrouw C. E. van Bierum, den 21 Oct. 1739 voor notaris Sijthof te 's-Gravenhage „opgericht”, dat hij bovendien de sleutels had laten verzegelen; dat dus het verzoek in 't medeposses van 't huis A. te worden gesteld moest worden vervallen verklaard, en dat moest worden gedifficulteerd wat de immissie in bona hereditaria betreft, aangezien dit slechts per interdictum quorum bonorum kon geschieden en niet bij request; hier had een mandaat van immissie moeten zijn uitgebracht; nu werd er getracht bij een request den gepetitioneerde in een processus *summariissimus* in te wikkelen; noodig ware geweest een *mandatum summarium regulare sive ordinarium* (beroep op Helfeld, Boehmer en Schaumburg, Princ. prax, judic., II, pag. 114); de processus *summariissimus* dient alleen bij de maintenue, ne partes ad arma veniant; dit strookte met Ommel. landr., II, 23;

Petitionanten repliceeren: Gij bewijst niets; op de manier, door u verdedigd, zou wel een landlooper direct na iemands overlijden diens buitenplaats in bezit kunnen nemen en dan een verklaring voor den rechter afleggen, met effect dat hij zou worden gemainteneerd; de exceptie dat hier niet geprocedeerd kon worden bij request, had bij 't bericht op 't request moeten zijn voorgedragen en kan nu niet meer in *démêlé* komen; bovendien in *possessorio* kunnen geen excepties worden geopponeerd over den vorm van

procedeeren (Helfeld, Jurispr. forensis, § 1833); dat uit den 1sten titel van het 43e boek f. f., blijkens de woorden *de interdictisive extraordinariis actionibus*, volgde dat het *interdictum quorum bonorum* geen *processus summarius* opleverde; dat het voorts algemeen bekend was, dat de overledene erflater het huis Aduard had bezeten.

Gepetitioneerde bij dupliek voerde nog aan: Gij vraagt *composses* van iets, waarvan gij al in 't bezit zijt; en wat 't huis Aduard betreft: gij beweert u van het *interdictum quorum bonorum* te bedienen; dit interdict *competit heredi contra eum qui pro herede vel possessore possidet, contra eum de cuius meliori jure non constat*, zoodat eischers moeten zijn erfgenamen, maar ook ged. bezitter onder den universeelen titel van erfgenaam, daar toch volgens de *lex 1 ff. de interd. quor. bon. (D. 43, 2)* dit *interdictum* niet behoorde *ad res singulares*, maar *ad universitatem bonorum*, en het opgevorderde een *res hereditaria* moest zijn en als zoodanig gepossideerd, blijkens de woorden *de his bonis*, in de aangehaalde *lex* voorkomende; bovendien: in *summaria* wordt alleen geoordeeld op het *factum possessionis* (Ommel. Landr., II, 23) en niet over de *justitia possessionis*, tot welk laatste specteerde het *interdictum quorum bonorum*.

In het verzoek wordt gedifficulteerd met compensatie van kosten.

I NUOVI FRAMMENTI DELLE LEGGI DI HAMMURABI.

RASSEGNA SINTETICA

DI

A. ZOCCO—ROSA (CATANIA.)

Ben meritevoli dell' attenzione degli storici del Diritto sono i nuovi frammenti delle più antiche leggi sinora conosciute: le Leggi di Hammurabi, re di Babilonia verso l'anno 2000 av. Cr. secondo alcuni ¹⁾, verso l'anno 2225 o 2250 o 2285 secondo altri ²⁾. Questi frammenti ci furono ridati da una tavoletta, scoperta a Nippur (l'odierna Niffer), negli scavi fatti eseguire dall' Univer-

¹⁾ Vedi *Code des lois de Hammourabi, roi de Babylone vers l' an 2000 av. J. Chr. Mémoires de la Délégation en Perse. T. IV. Textes élamites-sémitiques. — Deuxième serie par V. Scheil, p. 11 ss. Scheil, Tablette inédite qui complète et permet de classer les 43 fragments du règne de Hammourabi. (Comptes rendus de l' Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. Janvier 1912).*

²⁾ Vedi Winckler, *Die Gesetze Hammurabis, Königs von Babylon um 2250 v. Chr. Leipzig, 1903.* Johns, *The oldest Code of Law in the World. The Code of Laws promulgated by Hammurabi, King of Babylon b. c. 2285—2242. Edinburgh, 1903.* Schupfer, *La Legge di Hammurabi, re di Babilonia e il Diritto babilonese della prima dinastia (2225—1926 a. C.). Roma, 1922.*

Secondo il Dareste (*Le Code babylonien d' Hammourabi. Paris, 1902, p. 25*), il testo legislativo, che potrebbe esser contemporaneo di quello di Hammurabi, sarebbe il Codice egizio, che (se Diodoro non s' inganna) si conservava nella sede del Tribunale supremo dei Faraoni. La Raccolta di Leggi Assire, rinvenuta negli scavi di Assur, è di data più recente. V. Schröder, *Keilschrifttexte aus Assur verschiedenen Inhalts* (35. *Wissenschaftliche Veröffentlichung der Deutschen Orientalgesellschaft*). Scheil, *Recueil des Lois Assyriennes. Texte assyrien en transcription avec traduction française et index. Paris, 1921.* — Non sono anteriori al 1300 av. C. le Leggi Ittite, rinvenute nell' Archivio di Stato di Boghazköi. Vedi *Hethitische Gesetze aus dem Staatsarchiv von Boghazköi (um 1300 v. Chr.) übersetzt unter Mitwirkung von Dr. J. Friedrich von Dr. H. Zimmern. Leipzig, 1922. Code Hittite, pro-*

sità di Pennsylvania. Li pubblicò dapprima il Poebel ¹⁾, poscia lo Scheil ²⁾, che li tradusse in francese. Più tardi furon fatti segno a speciali commenti dal Poebel ³⁾ e dal Cuq ⁴⁾; ma, mentre i commenti del Poebel sono tutti filologici, quelli del Cuq son d'indole storico-giuridica, ond' è ch' essi meritano, a preferenza, l' attenzione nostra.

I nuovi frammenti delle Leggi di Hammurabi, contenuti nella tavoletta scoperta a Nippur (detta tavoletta del Museo di Pennsylvania dal luogo, in cui è custodita), ci rivelano le norme, che riguardano:

I. Il prestito ad interesse.

II. Le società ed il contratto di commissione ⁵⁾.

I.

FRAMMENTI RIGUARDANTI IL PRESTITO AD INTERESSE.

Col. I.

[mancano circa 20 linee]

La parte integra di questa colonna nella versione dello Scheil suona così:

venant de l' Asie Mineure (vers 1350 av. J. C.) Transcription et traduction française par Fréd. Hrozný. Paris, 1922. — Furlani, Di una raccolta di Leggi Ittite. (Arch. Giur. XC. 2). Modena, 1923.

¹⁾ *Historical and Grammatical Texts by Arno Poebel. Plate XXXIX (Publications of the Babylonian Section) Vol. V. The University Museum. University of Pennsylvania Philadelphia, 1914.*

²⁾ Nella *Revue d'Assyriologie et d'Arch. orientale*, XIII [1916], p. 49—52.

³⁾ Poebel, *Eine altbabylonische Abschrift der Gesetzessammlung Hammurabis aus Nippur in Orientalische Literaturzeitung*, XVIII, 6, col. 161—169, 194—200, 258—265.

⁴⁾ Cuq, *Les nouveaux fragments du Code de Hammourabi. Extr. de la Revue d'Assyriologie*, XIII, 3, pp. 143—158. [Lo citeremo: R.A.]. Id. *Les nouveaux fragments du Code de Hammourabi sur le prêt à intérêt et les sociétés. Extr. des Mém. de l'Acad. des Inscript. et Belles Let. T. XLI. Paris, 1918* [Lo citeremo: MAC.].

⁵⁾ La tavoletta del Museo di Pennsylvania contiene altre norme già note. Come ha ben rilevato il Cuq. [R.A., p. 3], questa tavoletta faceva parte di un esemplare delle Leggi di Hammurabi di piccolo formato e ad uso privato.

Si un négociant (blé ou) argent a prêté à intérêt, par gour (100 qa) de blé, comme intérêt, il prendra.

S' il a prêté de l'argent à intérêt par sicle d' argent le sixième (plus) 6 še d' intérêt, il prendra.

Si un homme qui a fait un emprunt à intérêt, pour restituer, d' argent n' a pas, mais possède du blé, selon l' ordonnance royale, le négociant pour l' intérêt 100 qa par gour prendra.

Si le négociant conteste et l' intérêt de 100 qa par gour et (de) l' argent d' un sicle l' intérêt de $\frac{1}{6}$ plus 6 še a majoré et a perçu, tout ce qu' il a prêté il le perd.

Si un negociant blé ou argent à intérêt (a donné) et l' intérêt (en son entier) de blé ou d' argent
. a pris et
(qu' il prétende:) blé ou argent, leur (intérêt) il n' y a pas eu (?)

[mancano 5 linee]

Col. II.

[mancano circa 20 linee]

.
tout autant qu' il (le négociant) a pris, s' il n' a point fait défalquer et une tablette supplémentaire s' il n' a pas écrit, voire les intérêts avec le capital s' il a ajouté (?), ce négociant tout autant qu' il a pris de blé, il le doublera et restituera.

Si un négociant blé ou argent à intérêt a prêté et si, lorsqu' il a prêté à intérêt, l' argent en moindre (*quantité?*) ou le blé avec une mesure inférieure il a livré, ou si, lorsqu' il a perçu, (son dû) l' argent (en quantité supérieure?) il a perçu, ce négociant tout ce qu' il a prêté il le perd.

Si un négociant (blé ou argent) à intérêt (a prêté), et si c' est au jour où le contrôle ne [fonctionnait pas?], qu' il a fait ce prêt tout ce qu' il a prêté il le perd.

Si quelqu' un blé ou argent d' un négociant a emprunté et que blé ou argent, pour restituer, il ne possède pas, et que (d' autres) biens il possède, toutes choses en sa possession qui se trouvent, devant témoins selon (la nature de ce) qu' il apportera au négociant il donnera, le négociant ne résistera pas et acceptera.

Era incerto sinora se le Leggi di Hammurabi stabilissero un tasso legale degl' interessi e quale. Nell' art. 51 si parlava, in modo affatto generico, d'interessi secondo un *tasso fissato dal Re* ¹⁾. Nei contratti ricorreva spesso la clausola: "gl' interessi saran pagati secondo il tasso d' uso", oppure "secondo il *tasso di Šamaš*"; ma che cosa di sicuro da siffatte generiche espressioni poteva dedursi? Il fatto, che in alcuni contratti si parlava di un tasso corrispondente ad $\frac{1}{3}$ del capitale (nel prestito di grano), ad $\frac{1}{5}$ (nel prestito d' argento) ²⁾ aveva soltanto lasciato intuire, che v'era un tasso legale ³⁾; ma quale?

I nuovi frammenti delle Leggi Hammurabiane ci rivelano, che era stabilito un tasso massimo, il quale (in un tempo, in cui il grano si teneva per più prezioso dell' argento) era maggiore o minore secondochè si trattasse di prestito di grano o d' argento:

Per il grano $\left\{ \begin{array}{l} 100 \text{ qa per gur } [= \frac{1}{3} \text{ del capitale} \\ = 33 \frac{1}{3} \% \end{array} \right.$ ⁴⁾.

Per l'argento $\left\{ \begin{array}{l} \frac{1}{3} \text{ di sicla} + 6 \text{ še per sicla d' ar-} \\ \text{gento } [= \frac{1}{5} \text{ del capitale} = 20\% \end{array} \right.$ ⁵⁾.

Stabilendo questo tasso, le Leggi di Hammurabi introducevano una novità? Tutt'altro. Si tratta, infatti, d'un tasso, già introdotto da vetusta usanza e che il legislatore ha, a sua volta, sancito ⁶⁾. È insieme notevole un'altra cosa: nei contratti della prima dinastia babilonese assai rara è l'indicazione del tasso dell' interesse nel prestito d'argento; ma questo non significa punto che il debitore non dovesse pagare interesse alcuno, significa (ne conveniamo con il Cuq), che le parti si rimettevano, senza più, al tasso legale ⁷⁾.

¹⁾ Cfr. Winckler, *Die Gesetze Hammurabis*, Leipzig, 1903, p. 16 seg.

²⁾ Presso i Babilonesi come strumento di scambio adoperavansi una certa quantità d'argento ed una certa misura di grano. V. Dareste, *Le Code babylonien d' Hammourabi* (Extr. du *Journal des Savants*). Paris, 1902, p. 4, p. 23.

³⁾ V. Cuq, *RA.*, p. 143. *MAC.*, p. 28 segg.

⁴⁾ Qa e Gur son misure di capacità. Qa = 0 lit. 4. circa. Gur [di 300 qa] = 120 lit. circa. V. Cuq, *MCA.*, p. 105.

⁵⁾ Secondo il Dareste (O. c., p. 24) il še "est une pièce d' argent d'un poids minime", di cui non si conosce il valore esatto. Sembra, che corrisponda a 0 gr 047 circa, mentre la sicla (di 180 še) corrisponderebbe a 8 gr. V. Cuq, l. c.

⁶⁾ L'usanza esisteva già fin dall' epoca dei re d'Our, anteriori di molto ad Hammurabi. V. Cuq, *RA.*, p. 145, *MAC.*, p. 35, seg.

⁷⁾ Solo in via affatto eccezionale il tasso si trova fissato al 25 % in un contratto di Sippar ed in un altro dell' epoca dei re d' Our. V. Cuq, *RA.*, p. 145.

Infine non vuolsi tacere, che il *tasso legale* od il *tasso d'uso* rappresentava un *maximum*, che poteva non esser sempre osservato, perchè era dato a' contraenti di convenire anche un tasso inferiore ¹⁾.

Notevoli, son, poi, due disposizioni.

I). Il debitore, che, alla scadenza, non abbia argento per pagare il debito, è autorizzato ad offrire al creditore una quantità equivalente di grano; ma, in compenso, si riconosce al creditore un diritto: egli ha diritto "d' esigere, a titolo d' interesse", una quantità di grano non calcolata punto secondo "il tasso legale dell'argento", ma secondo "il tasso del grano". Così equamente si contempera la facilitazione, concessa al debitore, con l' interesse del creditore.

II). Se il creditore trasgredisce la norma, che fissa il *maximum* dell'interesse, ne paga il fio: perde tutto il credito suo. Ma non doveva restituir gl' interessi indebitamente percepiti? Non è detto; ma dal noto art. 113 il Cuq [RA., p. 147] vorrebbe dedurre, che tale obbligo non fosse al creditore imposto.

Noi abbiám voluto esaminare il caso dall'art. 113 contemplato. Il caso è questo: A ha verso B un credito di grano o d'argento. Di soppiatto s'introduce nel magazzino o nel granaio del debitore e si appropria una certa quantità di grano. Ei sarà convenuto in giudizio e ²⁾ sarà tenuto a restituire al debitore la quantità di grano sottratta. Insieme ei perderà tutto quanto aveva dato. — Orbene, da questa disposizione dell' articolo 113 si potrebbe desumere, con assoluta *certezza*, che nel caso, contemplato dall' articolo ora scoperto, il creditore non fosse tenuto a restituir gl' interessi indebitamente percepiti? Ci resta qualche dubbio, che non abbiám voluto nascondere.

Pur troppo, lacunosa assai è la norma, che punisce chi usi

¹⁾ Di questo tasso inferiore il Cuq [RA., p. 745—746] ha trovati esempi in tutte le epoche: nell' epoca della II^a dinastia d' Our e nell' epoca della I^a dinastia babilonese; a' tempi di Sin-mubalit, il predecessore di Hammurabi, e sotto il regno di Manabaltiel; nell' undicesimo anno del regno di Hammurabi e nell' epoca neobabilonese.

²⁾ Se risulta convinto di aver tolto grano dal magazzino o dal granaio ad insaputa del proprietario.

mezzi fraudolenti par accrescere gl' interessi. Quel che ne resta suona così:

*Se un negoziante ha dato a prestito ad interesse grano o argento e l' interesse (intieramente) ha ricercuto e
grano o argento*

Si trattava del caso, in cui il creditore fraudolentemente tentava di conseguir due volte l' interesse del suo capitale, esigendo, così, il doppio del tasso legale? ¹⁾. Che cosa disponeva la Legge contro il fraudolento creditore? Sanciva una pena uguale a quella comminata al creditore, che avesse violata la norma sul massimo interesse legale? O una pena ancor più grave? La deplorabile lacuna non consente punto di affermare alcunchè di sicuro.

La tavoletta del Museo di Pennsylvania non ci ha trasmesso integralmente neppure le norme, che riguardano il caso, in cui chi ha fatto un prestito ad interesse di grano ha consentito a ricevere un acconto. Il creditore non redige una nuova tavoletta per constatare la riduzione del suo credito? ²⁾. Il creditore aggiunge al capitale ridotto gl' interessi?

Nel primo caso il creditore è in frode; ma nel secondo? Il testo è oscuro. Il significato suo dipende tutto dall'interpretazione della voce *uttehhi*, il cui significato è incerto anche a giudizio del Poebel e dello Scheil. Si tratterebbe del caso, in cui il creditore ha ricevuto un acconto e l'ha imputato sul capitale, formandone un credito unico e riservandosi, così, la possibilità di esigere gl' interessi degl' interessi, d' onde la capitalizzazione degl' interessi stessi ³⁾. Come in questo caso ⁴⁾ la Legge puniva il creditore? Con la pena del doppio; ⁵⁾ il creditore era tenuto a restituir il doppio del grano, ricevuto a titolo d'acconto, pur non decadendo dal credito suo. E non sarebbe avvenuto altrimenti nel caso, in

¹⁾ V. Cuq, RA., p. 147.

²⁾ Il Cuq [RA., p. 147] ricorda un atto del regno di Hammurabi, il quale ci mostra come la tavoletta dovesse esser concepita. Il creditore doveva, da un canto, segnarvi l' ammontar del credito originario, dall'altro il residuo. Così si difalcava dal credito primitivo quel che il debitore aveva già pagato a titolo d' acconto.

³⁾ È un'ipotesi. Per tale appunto ce la dà il Cuq, RA., p. 148.

⁴⁾ Che non sembra affatto analogo a quello contemplato dal noto art. 116 (Scheil, p. 63).

⁵⁾ Cfr. art. 120 (Scheil, p. 60), art. 124 (Scheil, p. 62).

cui il creditore non avesse punto redatta una nuova tavoletta per constatare la riduzione del credito. Ma perchè egli non decadeva dal credito? Perchè Hammurabi non sarebbe stato verso di lui estremamente severo? Per la negligenza del debitore, che lasciò fare e lasciò passare?

E che mai avveniva quando il prestito ad interesse non si fosse fatto al cospetto del GIR¹⁾, un personaggio, la cui presenza era necessaria perchè il prestito ad interesse fosse giuridicamente obbligatorio? Incerta è la vera figura giuridica del GIR²⁾. Era una sorta di controllore (Cuq)³⁾? Era una specie di testimonio (Schorr)? Era un garante (Ungnad)? È incerto. Una cosa sola può affermarsi nello stato attuale delle nostre conoscenze ed è questa: l'intervento del GIR, in materia di prestito, appare soltanto in un atto dell'anno 43 di Hammurabi⁴⁾.

Le Leggi d' Hammurabi son, poi, severissime nel caso, in cui un negoziante, facendo un prestito ad interesse d'argento o di grano, fa uso d'un falso peso o d'una falsa misura: il creditore è dichiarato decaduto dal suo credito, egli perde tutto quello che ha prestato: *"tout ce qu'il a prêté il le perd"* [vers. Scheil].

Le ultime disposizioni, contenute in fine della col. II, non ci dicono punto cose nuove, perchè già note grazie ad una tavoletta del Museo Britannico. Si tratta di facilitazioni concesse al debitore per liberarsi dal debito. Si contempla propriamente questo caso: taluno ha preso a prestito grano o argento; ma, alla scadenza, non ha grano o argento da restituire. Ebbene, il creditore è obbligato a ricevere in pagamento, al cospetto di testimoni, cose di valore equivalente.

¹⁾ Lo Scheil (*Revue d' Assyriologie*, III, 51), seguito dal Cuq, crede che l'ideogramma GIR designa insieme la *funzione* ed il *funzionario*.

²⁾ Esso è designato anche dall'ideogramma NER.

³⁾ Anche secondo Scheil la legge parlerebbe di *controllo*: "Si un négociant (blé ou argent) à intérêt (a prêté et si c' est au jour où le contrôle ne [fonctionnait pas?] qu' il a fait ce prêt, tout ce qu' il a prêté il perd". (Vers. Scheil). Cfr. Cuq., *MCA.*, p. 55.

⁴⁾ Il Cuq (*RA.*, p. 150) ricorda una clausola preammurabiana, per la quale le parti contraenti riconoscevano, che la quantità prestata era stata consegnata da "un uomo giusto ed integro", Sarebbe stato questo il precursore del GIR?

II.

FRAMMENTI RELATIVI ALLE SOCIETÀ. *)

Col. III.

[mancano circa 22 linee]

.
 Si quelq'un à un autre de l'argent en société a donné, profit et perte, qui se trouveront, devant les dieux à parts égales ils partageront.

Si un négociant à un commis de l'argent pour négocier et acheter a donné et qu'il l'ait mis en route, le commis en voyage l'argent qu'on lui a confié fera fructifier(?). Si au lieu où il est allé, il voit (sait trouver) du profit, de l'argent tout autant qu'il en a pris les intérêts il écrira et chaque(?) jour où ils feront les comptes, il compensera son négociant.

Si au lieu où il est allé il n'a pas vu (su trouver) de profit, l'argent qu'il a pris il doublera¹⁾ et le commis au négociant le donnera.

È chiaro: si tratta, anzitutto, d'una società di capitali; società, che alle speculazioni sempre tendeva²⁾. Quali le norme, che regolavano la divisione tra i soci? Queste:

- a). I profitti e le perdite dovevan ripartirsi egualmente tra i soci.
- b). La divisione doveva esser fatta dinanzi a' simulacri degli dei, secondo un'usanza anteriore ad Hammurabi.

Infine i nuovi frammenti ci fan conoscere alcune norme, sinora ignote, intorno al contratto di commissione³⁾. — La Legge contemplava pur questo caso: un negoziante ha dato denaro ad un commesso per far speculazioni fuor del suo domicilio e l'ha fatto viaggiare, fornendogli quel che per il viaggio occorreva. Giunto

*) Nella traduzione francese di Scheil.

¹⁾ Le parole in corsivo sono una restituzione fatta alla stregua dell'esemplare delle Leggi d'Hammurabi conservato nel Museo del Louvre.

²⁾ Cuq (R.A., p. 156) reca esempi di siffatte società e prima e dopo Hammurabi. Ve ne han dei tempi di Sinmubalit e del regno d'Ammizoduga.

³⁾ Cfr. Cuq, R.A. *Le contrat de commission*, p. 157 — 158.

a destinazione, il commesso ha fatti guadagni? E la Legge dispone, ch'egli "scriverà" (?) gl' interessi del denaro ricevuto; infine, dopo il regolamento de' conti, compenserà il committente.

Certo, la Legge non è molto chiara. In che consisteva il compenso, che il commissionario doveva dar al committente? Il fatto che la disposizione della Legge si trova immediatamente dopo l'articolo riguardante la divisione tra' soci ci fornirebbe una *sicura* indicazione intorno alla natura giuridica de' rapporti tra committente e commissionario?

Il Cuq (RA., p. 158) lo crede: infatti egli inclina a considerar committente e commissionario come una specie di soci. Dopo il regolamento dei conti, il committente, prelevati gli avanzi, avrebbe diviso il resto con il commissionario come con un socio. È un'ipotesi plausibile; ipotesi, diciamo, perchè dal solo luogo, in cui la disposizione è collocata, non sapremmo punto dedurre, con assoluta certezza, quali fossero, nel caso in esame, i *precisi* diritti ed obblighi reciproci tra *committente* e *commissionario*.

Che dir, poi, del caso, in cui il commissionario non abbia realizzati guadagni di sorta?

La disposizione della Legge, in questo caso, è chiara e precisa: il commesso è responsabile della sua incapacità o della negligenza sua ed è tenuto a pagar al committente il doppio del denaro ricevuto. Che meraviglia? Il commissionario non era, talora, tenuto a dar al committente perfino il *triplo* del denaro ricevuto? ¹⁾.

Ricordiamo, infine, che le Leggi di Hammurabi (come i nuovi frammenti riaffermano) se tutelano vigorosamente l'interesse del committente ²⁾, non trascurano, poi, quello del commissionario, donde la severità contro il committente, che abbia ingannato il commissionario ³⁾.

Allorchè, nel 1904, ci occupammo ⁴⁾ delle Leggi di Hammurabi,

¹⁾ Cfr. art. 106. (Ed. Scheil, p. 55).

²⁾ Cfr. art. 101, 104, 108. (Ed. Scheil, p. 53-54). V. Manzini, *Il Diritto commerciale nella Legge più antica del mondo* nella *Rivista di Diritto commerciale*, I, p. 142.

³⁾ Cfr. art. 107. Il committente era tenuto a dar al commissionario il sestuplo del denaro ricevuto e negato. (Ed. Scheil, p. 55).

⁴⁾ Nella *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, XXXVI, p. 371 segg.

scoperte dalla Commissione archeologica francese nell' Acropoli di Susa, ci fu dato di osservare, che in queste Leggi sembra s' intreccino due civiltà: una più antica e rozza, un'altra più recente e progredita. E chiedemmo: le Leggi di Hammurabi furono o no opera tutta d'un getto? O ad una parte più antica ed originaria fu sovrapposta una parte più recente? Oppure dobbiamo credere, che Hammurabi qua e là abbia lasciate vetuste consuetudini tali quali da secoli esistevano?

Noi abbiamo creduto e crediamo ancora, che le Leggi di Hammurabi non siano state punto opera d'un getto. Ecco perchè siamo proclivi a riconoscere con il Koschaker¹⁾, che in queste Leggi esistono interpolazioni, pur essendo concordi con lo Schupfer²⁾ nel credere, che sia necessaria "un'estrema prudenza nell' ammetterle".

I nuovi frammenti delle Leggi di Hammurabi, ridatici dalla tavoletta di Pennsylvania e riguardanti il prestito ad interesse, le società, il contratto di commissione, apparterrebbero alla parte più antica? Una recisa affermazione non sarebbe, per ora, prudente³⁾.

¹⁾ Il Koschaker vede glosse ed interpolazioni pur nella Raccolta di Leggi Assire, rinvenuta ad Assur. V. Koschaker, *Quellenkritische Untersuchungen zu den altassyrischen Gesetzen*. Leipzig, 1921. V. *Mitteilungen der Vorderasiatisch-Aegyptischen Gesellschaft*. E. V. 3, 36 (1921).

²⁾ Schupfer, *La questione delle interpolazioni nella Legge di Hammurabi*. (*Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, LXXXIX [1923], p. 79).

³⁾ Delle Leggi di Hammurabi si occupa anche Mazzarella, *Gli elementi irriducibili dei sistemi giuridici* (II, p. 20 ss.). Catania, 1920. Delle stesse Leggi continuano ad occuparsi Koschaker ed Ungnad. Vedi *Hammurabi's Gesetz*. Bd. VI. *Uebersetzte mit Rechtserläuterungen von J. Koschaker und Ungnad*. Leipzig, 1923. — Intorno alle Leggi Assire, alle quali abbiamo accennato, è da confrontarsi la pubblicazione recentissima di Furlani, *Frammenti di Leggi Assire*. Roma, 1923. (Estr. dalla *Rivista degli Studi Orientali*. Vol. X.).

EIGENDOMSACTIE EN EXCEPTIES UIT VRUCHTGEBRUIK, OPSTAL, PANDRECHT EN ERFPACHT,

DOOR

A. J. R. HEINSIUS (BATAVIA).

Op welke wijze handhaven de vruchtgebruiker, de opstaller, de pandhouder en de erfpachter zich tegen den eigenaar? Offensief grijpen zij den eigenaar aan als iederen derden. De vruchtgebruiker bezigt zijne *petitio ususfructus*, de opstaller eene op zijnen opstal gerichte *petitie* ¹⁾, de pandhouder zijne *actio quasi Serviana* en de erfpachter een onder de rubriek „*si ager vectigalis petatur*” geproponeerd formulier ²⁾. Dáárover is geen twijfel mogelijk. Neen, hun defensief optreden vraagt onze aandacht, hun verweer, indien zij hebben wat zij wenschen, de uitoefening van hun recht, en de eigenaar de rechtmatigheid betwist.

Het komt mij voor, dat dan niet gedacht moet worden aan exceptief verweer tegenover de reivindicatie. Deze meening conflicteert met de heerschende, die met de redeneering, waar zij op berust, duidelijk geformuleerd wordt door Prof. Mr. I. Henri Hijmans in zijn *Romeinsch Zakenrecht*. „Tegen de revindicatie”, zegt deze ³⁾, „is mogelijk een

¹⁾ D. 43, 18, 1, 1 „*superficiem petit*”.

²⁾ Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 2de uitgave, bl. 182.

³⁾ Bl. 89. In denzelfden zin: Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, bl. 201; Dernburg, *Pandekten*, I, 7de uitgave, § 227; Girard, *Manuel élémentaire du Droit romain*, 6de uitgave, bl. 350; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9de uitgave, I, § 197.

„beroep op *ius in re aliena*, dat gerechtigd tot bezit van de zaak: „dusdanig recht zou niets beteekenen, als het den eigenaar vrijstond zijne zaak op te vorderen. Persoonlijke dienstbaarheden, „erfpacht, opstal, pandrecht komen hier in aanmerking”. Dat men de titularissen der rechten op eens anders zaak, schoon in het bezit van hun recht, zou kunnen dwingen tot verweer bij exceptie, schijnt mij onaannemelijk.

Dr. Adolf Last, die aan de tegenover de reïvindicatie mogelijke excepties eene speciale verhandeling heeft gewijd ¹⁾, bracht meer uitvoerigheid maar weinig nieuws. Daarom waag ik het de kwestie op mijn beurt te entameeren. En terwijl Dr. Last uitgaat van eene modern-Duitsche dogmatiek, welke op het Romeinsche recht toepasselijk te zien zijn vurigste wensch is, wil ik mij baseeren op de algemeene beginselen van het klassieke recht ter eene, de onmiddellijk ter zake dienende bronnen ter andere zijde. Eene methode, die, naar ik geloof, meer kans biedt, wat waarlijk te Rome recht geweest is te openbaren.

Wij zullen ons bepalen tot het klassiek Romeinsche recht.

§ 1. Reïvindicatie en exceptie uit vruchtgebruik.

Volgens de gangbare meening verweert de vruchtgebruiker zich tegen de reïvindicatie door middel van eene „exceptio ususfructus”. Uit van elders bekende rechtsfeiten wil ik de onhoudbaarheid van deze opvatting aantoonen.

Tot uitgangspunt maak ik de volgende overweging. Voor betwisting van het vruchtgebruik door den eigenaar was onder de rubriek „*si ususfructus petetur vel ad alium pertinere negetur*” geproponeerd eene zoogenaamde „*actio negativa*” ²⁾. Het bestaan daarnaast van eene reïvindicatie-met-exceptio-ususfructus moet derhalve als twijfelachtig worden aangemerkt. Zij zou overcompleet zijn.

Ik ga verder, zij is niet slechts overcompleet; naast de negatieve actie is zij onbestaanbaar. Want: zij zou de bewonderenswaardige regeling van het geding om het recht van vruchtgebruik, de „*controversia de usufructu*”, illusoir maken.

¹⁾ *Von den Einwendungen gegen die reivindicatio. Ein Beitrag zur Lehre der mittelbaren Vertheidigung. Zeitschrift von Grünhut*, 1909.

²⁾ Lenel, *Ed. perp.*, bl. 185.

Hoe in klassieken tijd de controversia de usufructu georganiseerd was, heb ik — tegen een m. i. geïnterpoleerden text in — aangetoond in mijne verhandeling over de Romeinsche bezitsbescherming ¹⁾. De regeling was, eenigszins vereenvoudigd voorgesteld ²⁾, zóó: degeen, die feitelijk gebruikt en feitelijk vruchten trekt, is gedaagde. Van hem moet het vruchtgebruik gevindiceerd worden (met de „petitio ususfructus” of, indien het de eigenaar is, die optreedt, de reeds genoemde actio negativa). Wordt de vindicatie toegewezen, dan geeft de rechter den gedaagde in overweging het vruchtgebruik te restitueeren. — In iure kunnen zich twee incidenten voordoen. Het kan zijn, dat partijen het er niet over eens kunnen worden, wie het feitelijk vruchtgebruik heeft, zoodat het onmogelijk is den gedaagde aan te wijzen. Dit incident wordt uit den weg geruimd door middel van een interdictum uti possidetis utile, dat de kwestie beslist en, door middel van zijn volginterdict, het feitelijk vruchtgebruik in handen geeft van den in het gelijk gestelde. Het kan ook zijn, dat degeen, die recht heeft gedaagde te wezen, de cautio iudicatum solvi weigert. Dan wordt het feitelijk vruchtgebruik hem ontnomen en door middel van een interdictum quem usumfructum overgedragen op de wederpartij. Van nu af aan is het deze laatste, die, als feitelijk vruchtgebruiker, den rol van gedaagde mag vervullen. — Kernpunt van deze regeling is: het bezit van gedaagde; haar ratio: het is de bezitter, die vermoeden heeft van recht, de niet-bezitter, die het bewijsrisico moet dragen.

Welnu, indien het den eigenaar vrijstond den feitelijken vruchtgebruiker de reivindicatie aan te doen, terwijl dan deze laatste

¹⁾ *Over de Romeinsche Bezitsbescherming in het algemeen en die van den Contractueelen Detentor in het bijzonder*, acad. proefschr., Amsterdam 1922, bl. 27 e. v.

²⁾ „Eenigszins vereenvoudigd”. Het is n.l. niet aan het feitelijk vruchtgebruik zonder meer, dat het commodum defensionis verbonden is, maar aan het feitelijk vruchtgebruik, dat niet „vi clam precario” verworven is van den tegenstander; en men kan daar aan toevoegen: noch ook uitgeoefend wordt in diens naam (b.v. als zijn huurder). — Het hier opgemerkte geldt voor het heele artikel. Ook de opstaller en pandhouder kunnen slechts dan het commodum defensionis opeischen, indien hun bezit niet-vitiosus is. Hun aller bezitsinterdicten hebben de exceptio vitiosae possessionis.

zijn recht op vruchtgebruik moest doen gelden door middel van eene exceptie, dan zou hij het bij wege van exceptie voorgedragen recht moeten bewijzen. En daarmee zou de regeling der controversia de usufructu doorbroken zijn. Door de reivindicatie te bezigen, in plaats van de voor dit geval bestemde actio negativa, zou de eigenaar den bewijslast van zich kunnen afwentelen.

Men meent den vruchtgebruiker te moeten beschermen door hem eene exceptio ususfructus toe te denken tegen de reivindicatie. Men vergeet echter, dat men op deze wijze een onbevredigende bewijsverdeeling krijgt. Wij zijn gedwongen tegen een zich noemenden vruchtgebruiker de reivindicatie geheel uitgesloten te achten.

Ons baseerend op van elders bekende feiten, kwamen wij tot de conclusie, dat een eigenaar, die zijne zaak terugwenscht in tegenspraak tot iemand, die beroep op vruchtgebruik doet, de reivindicatie niet kan bezigen. Maar heeft de eigenaar niet een onvervreemdbaar recht op de reivindicatie? Maakt het enkele feit van het geproponeerd zijn der actie het niet mogelijk deze te bezigen, indien men dat wenscht? Immers niet! De datio actionis verricht de praetor slechts, indien hem dit goeddunkt. Zijn recht de actie te geven, sluit in zich zijn recht haar te weigeren ¹⁾. Indien nu Titius eigendom stelt en Seius dien eigendom erkent, maar van zijn kant beroep op vruchtgebruik doet, dan is de kwestie, die hen verdeeld houdt, de kwestie van het al of niet bestaan van het recht van vruchtgebruik. En de praetor zal Titius er op wijzen, dat onder de rubriek „si ususfructus petetur vel ad alium pertinere negetur” het ter zake dienend formulier te vinden is ²⁾. — De exceptio ususfructus is een postu-

¹⁾ D. 50, 17, 102, 1: „ei^{us} est actionem denegare qui possit et dare.”

²⁾ In klassieken tijd is de vindicatio rei het rechtsmiddel tot beslissing van een geschil over den eigendom, de controversia de proprietate. In het gerecipeerde Romeinsche recht is deze actie meer eene algemeene terugvorderingsactie geworden; een middel om, weliswaar steeds op grond van eigendom, maar onverschillig of die eigendom betwist wordt, eene zaak terug te vorderen. — Curieus is in dit verband de verminking van den Latijnschen term rei vindicatio tot *revindicatie*, van rem vindicare tot *revindiceeren*. Men wilde in deze woorden, op den klank af, iets van het begrip *terugvorderen* leggen!

laat van het moderne recht, dat toestaat geheel op eigen gezag iemand een proces aan te doen.

Maar met dat al wordt in de bronnen (D. 7, 9, 7 pr.) de *exceptio ususfructus* vermeld! Men juiche niet te vroeg. Zeker, men vindt hier eene met vruchtgebruik in verband staande exceptie. Maar men ziet die ten onrechte voor „de *exceptio ususfructus*” aan. De exceptie „de re *ususfructus nomine tradita*” is niet een beroep op het *ius utendi fruendi*. Zij is krachtens hare woorden het beroep op een feit; het feit, dat uit hoofde van vruchtgebruik het goed aan gedaagde is ter hand gesteld. Uit deze exceptie kan zich nimmer ontspinnen een debat over het al of niet bestaan van het recht van vruchtgebruik. — Waar toe het beroep op ter hand stelling diende, blijkt trouwens duidelijk uit de geciteerde plaats. Het staat in verband met des vruchtgebruikers verplichting om, alvorens zich in bezit te stellen, de *cautio usufructuaria* te geven. Van strijd over het recht van vruchtgebruik is geen sprake ¹⁾.

Zoo moeten wij de vordering tot erkenning der *exceptio ususfructus* afwijzen. Deze exceptie wordt niet in de bronnen vermeld. En buiten *eenigen textueelen steun* haar te erkennen, daarvoor bestaat allerm minst reden, want de regeling der controversia de usufructu duldt de mogelijkheid eener reïvindicatie-met-*exceptio ususfructus* niet ²⁾.

¹⁾ Ulpianus behandelt hier (liber 79 ad edictum, rubriek „*usufructuarius quemadmodum caveat*”; zie Lenel, *Palingenesia Iuris civilis*, II, kolom 876) het geval, dat de eigenaar zoo onvoorzichtig is geweest het goed te tra-deeren, zonder de *cautio usufructuaria* te eischen. Volgens Proculus moet nu den eigenaar de reïvindicatie worden gegeven, ten einde het uit handen gegeven goed terug te erlangen. Maar deze reïvindicatie mag slechts slagen, indien werkelijk de cautie niet gesteld is. Daarom staat men gedaagde toe de *exceptio de re ususfructus nomine tradita*. Immers, indien deze aantoot, dat hij zich niet eigenmachtig in het bezit heeft gesteld, dat dit hem ter hand is gesteld uit hoofde van vruchtgebruik, dan heeft hij, voor zoover van hem gevergd kan worden, het gesteld zijn der cautie bewezen. En deze exceptie wordt beantwoord met de replicatie, dat weliswaar het goed vrijwillig is overgegeven, maar ditmaal, onvoorzichtiglijk, zonder dat de cautie was geëischt.

²⁾ Ik heb verondersteld, dat het vruchtgebruik eene onroerende zaak betrof. Voor vruchtgebruik op roerend goed is het niet mogelijk onze kwestie op te lossen, omdat alle gegevens ontbreken. Hoe men den vruchtgebruiker eener roerende zaak het *commodum defensionis* verzekerde wordt niet mee-

§ 2. Reivindicatie en exceptie uit opstal.

Het enkele geproponeerd zijn van het zoogenaamde „interdictum de superficiebus” doet aan de mogelijkheid eener reivindicatie-met-exceptio-superficie twijfelen. Welke toch is de functie van dit interdict? Dit toonde ik aan in mijn bovengenoemde verhandeling ¹⁾. Het interdictum de superficie geeft de erkenning van het bezit van den opstal. Men verkrijgt de verklaring, dat men bezitter („possessor”) van dien opstal is en ziet zich, in verband daarmee, het feitelijk bezit toegedeeld. — Is het waarschijnlijk, dat deze overwinning illusoir werd gemaakt door den bezitter de vruchten zijner overwinning, het commodum possessionis te onthouden?

Echter stuit ik ten dezen — anders dan het geval was, toen ik de exceptio ususfructus in hare middeleeuwsche fundamenteen aantastte — op textueelen tegenstand. Omtrent het geding tusschen eigenaar en opstaller toch hebben wij in D. 43, 18, 1, 4 de volgende mededeeling: „is autem, in cuius solo superficie est, „utique non indiget utili actione, sed habet in rem qualem habet „de solo, plane si adversus superficiarium velit vindicare, dicendum „est exceptione utendum in factum data: nam cui damus actionem, „eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.” Zooals men ziet, geeft het fragment deze voorstelling: de eigenaar ageert (met welke actie? Bedoeld schijnt de reivindicatie, maar er staat eigenlijk iets anders; waarover straks nader) en de opstaller wordt verwezen naar de exceptie.

De bronnen, zooals deze zijn overgeleverd, zijn tegen mij. Echter kan dit mijne aprioristisch verkregen zekerheid moeilijk aantasten. Als de eigenaar den bezittenden opstaller uit de defensieve stelling kon dringen, wat beduidt dan een „ad exemplum interdicti uti possidetis” geproponeerd ²⁾ interdict? Dit interdict veroorlooft hem den opstal te retineeren op het enkele feit, dat

gedeeld (zie mijn proefschrift, bl. 63). En Prof. Hijmans merkt op (in zijn geciteerd werk, bl. 94), „dat geen enkele text gewaagt van de *negatoria* (de negatieve actio in rem des vruchtgebruikers) op roerend goed.” En omtrent het petitoir geding en omtrent het possessoir geding ontbreken gegevens. Tusschen beide feiten moet verband bestaan!

¹⁾ Bl. 32 e. v.

²⁾ D. 43, 18, 1, 2.

hij dezen — niet vi, clam, etc. — onder zich heeft¹⁾. Wat beduidt het of hij in het possessoir proces van het bewijs van zijn recht ontslagen is, indien hij onmiddellijk daarna door een petitoir proces tot dit bewijs kan worden gedwongen? Wil men het interdictum de superficiebus voor het klassieke recht handhaven, dan moet men in verzet komen tegen de beweringen van D. 43, 18, 1, 4. Met andere woorden: wij moeten deze plaats geïnterpoleerd achten.

Zij draagt de sporen harer interpolatie. „Utique non indiget utili actione”. Utique non, in elk geval niet, men moet vooral niet meenen dat. Tegen wien zou Ulpianus zich hier keeren? Het is de altijd iets te drukke betoogtrant der compilatoren. Utili actione, het hem billijkheidshalve toekomend rechtsmiddel; de Justiniaansche beteekenis van actio utilis²⁾. „Habet in rem qualem habet de solo”. Welk een stijl! Woordelijk opgevat staat er: hij heeft eene (actio) in rem van denzelfden aard als die welke hij met betrekking tot den ondergrond heeft. Hoe nu, eene actie als de reivindicatie, niet deze zelf? Habet in rem, eene Justiniaansche ellips. „Plane si adversus...” Het ook hier weer schier zinloos plane is een geliefd compilatorenwoord. „Nam cui damus actionem eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit”. In damus ziet Beseler den pluralis maiestatis des Keizers³⁾. Het multo magis quis dixerit schijnt mij net iets te dik voor een klassiek auteur. Waarlijk, met een gerust geweten kunnen wij een text als dezen ter zijde stellen.

Rest de vraag: indien van reivindicatie en exceptie uit opstal geen sprake kan zijn, hoe kwam de eigenaar dan tot zijn recht?

Het principium van D. 43, 18, 1 luidt: „Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quominus fruamini, vim fieri veto. si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo”. Het is in de gecursiveerde clausule, dat men het gezochte rechtsmiddel gefundeerd moet achten. Niet alleen hij.

¹⁾ D. eodem.

²⁾ Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9de uitgave, bewerkt door Seckel, s. v. utilis (bl. 609).

³⁾ Gerhard Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, bl. 102 en 114.

die recht van opstal beweert, maar evengoed de eigenaar, die dit recht tegenspreekt, strijdt over het recht van opstal, behoeft eene „actio de superficie”. Ook hij kan zich dus op de edictale toezegging beroepen. De praetor zal de gevraagde actie geven, zóó geformuleerd, dat de bezitter de hem toekomende positie behoudt. Wellicht nam de praetor de ter zake van vruchtgebruik geproponeerde actio negativa ten voorbeeld ¹⁾.

§ 3. Reivindicatie en exceptio pigneraticia ²⁾.

De bronnen vermelden verschillende excepties uit pandrecht. Zoo vermelden D. 20, 4, 12 pr., D. 20, 1, 10 en D. 44, 2, 19 pandrechtexcepties tegen de actio quasi Serviana. En wel voor het geval, dat de strijd gaat tusschen twee lieden, die beide pandrecht beweren. Onderscheiden wordt of de zaak aan beide partijen tegelijkertijd is verpand, dan wel aan ieder afzonderlijk op verschillende tijdstippen. In het eerste geval wordt gegeven de exceptie „si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori sit”. De gedaagde wint volgens den regel, dat, indien twee gelijk recht hebben, het de bezitter is, die voorgaat. In het tweede

¹⁾ Bovenstaand betoog behelst eene poging om „interdictum de superficiebus” en zakelijk opstalrecht voor het klassieke recht te redden. Gerhard Beseler — zie zijn in de vorige noot vermeld werk, I bl. 100 e. v. en III bl. 169 e. v. — vermoedt, dat Justinianus het int. de sup. vervaardigd heeft uit het formulier van uti utimini fruimini, dat inderdaad ongeveer op deze plaats in Ulpianus' commentaar heeft geprikt. Ook het zakelijk recht des opstallers houdt hij voor een creatie van Justinianus, in verband waarmee hij aanneemt, dat de edictale clause „si qua alia actio . . .” geluid heeft „si quod aliud interdictum . . .” en dat het overgrootste deel van D. 43, 18, 1, onder andere ook de door mij in den tekst becritiseerde § 4, geïnterpoleerd is. Ik heb mij op het standpunt gesteld, dat interdict en zakelijk recht klassiek zijn. Ten opzichte van § 4 leidt dit, zooals men gezien heeft, tot de zelfde conclusie als waartoe Beseler kwam: zij moet geïnterpoleerd zijn. Maar kan ook ik, van mijn standpunt, verklaren, wat Justinianus tot deze interpolatie zou hebben geleid? Wellicht heeft de Keizer het zakelijk opstalproces, in klassieken tijd gefundeerd in de edictale clause „si qua alia actio . . .” en door den praetor. causa cognita, van geval tot geval geregeld, nader uitgewerkt, er een wettelijken basis aan gegeven. Zoo houd ook ik D. 43, 18, 1 van af § 3 „et sane . . .” voor valsch en behalve dat op zijn minst nog § 1 voor valsch en het principium voor vervalscht of corrupt.

²⁾ De term „exceptio pigneraticia” te vinden in D. 10, 3, 6, 9.

geval de exceptie „si non mihi ante pignoris nomine sit res obligata”. De gedaagde wint wegens de prioriteit van zijn recht.

In D. 20, 1, 11, 2 doet gedaagde beroep op het feit, dat hij het vruchtgebruik der litigieuse zaak van den rechthebbende heeft in pand gekregen („si non inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet convenerit ut ususfructus pignori sit”); eene eigenaardige exceptie dus, op grond van pand op een vruchtgebruik. Het is de eigenaar, die hier ageert en wel met de negatieve ususfructus-actie ¹⁾.

Interessant is ook D. 10, 3, 6, 9. Het gaat hier over het geval, dat een medeëigenaar zijn deel aan zijn deelgenoot verpand heeft. Deze laatste weert nu de actio communi dividundo met eene exceptie af.

De besproken pandexcepties hebben voor ons betoog geen belang. Als Adolf Last de deze excepties vermeldende plaatsen voor zijn doel „Einwendungen gegen die reivindicatio”) citeert, dan is dit m. i. eene onnauwkeurigheid.

Wat betreft het exceptief beroep op pandrecht tegenover de reivindicatie, allereerst moet opgemerkt worden, dat ten aanzien van het meest typisch Romeinsche pandcontract, de fiducia, van zoodanige procedure nimmer sprake kan zijn. De pandhouder is hier eigenaar. Evenmin is er sprake van bij pignus (of hypotheca ²⁾), indien het, in klassieken tijd gebruikelijk, verbeuringsbeding (lex commissoria) gemaakt is en de debiteur met betaling in gebreke is gebleven. Ook dan is de pandhouder eigenaar ³⁾. Voor het overige schijnt reivindicatie met exceptie uit pandrecht op het eerste gezicht denkbaar. Maar werd zij ook werkelijk gebezigd?

Naar de bedoeling dergenen, die ik bestrijd, is de pandexceptie de tegenhanger van de pandactie, een beroep op het recht van pand alzoo; of, meer Romeinsch gesproken, zooals de actio quasi Serviana op grond van een reeks van feiten restitutie van het

¹⁾ „Non esse ei ius uti frui invito se”. Men merke op, dat ook hier de eigenaar niet met zijn reivindicatie optreedt.

²⁾ D. 20, 1, 5, 1 Marcianus ad formulam hypothecariam „inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt”.

³⁾ D. 20, 1, 16, 9 „iure emptoris”.

pand geeft, zoo zou de pandexceptie op grond van diezelfde reeks feiten retentie van het pand geven. Is het denkbaar, dat de bezittende pandhouder tot deze exceptie werd gedwongen? Neen, want hij gold als „possessor” en werd als zoodanig gehandhaafd door middel van het interdictum utrubi (wij bepalen ons voorloopig tot roerend pand). Ware het wel zoo, dan — men vergunne mij de overweging, die mijn gansche verhandeling beheerscht, nog eens te herhalen — zou het voor den pandhouder nimmer belang hebben een utrubi-proces te voeren. Verliest hij, dan moet hij de actio quasi Serviana instellen, en wint hij, dan zou hij door de exceptie tot bewijs van zijn recht kunnen worden gedwongen.

Reivindicatie met exceptie uit pandrecht geeft niet een bevredigende oplossing van het geschil tusschen eigenaar en bezittenden pandhouder. Hoe moeten wij dit geschil dan geregeld achten? Daarvoor te onderscheiden, of de eigenaar tevens pandgever is, dan wel een derde de zaak in pand gaf. Beginnen wij met het eerste geval.

De pandhouder heeft eene door utrubi gewaarborgde possessio. Echter slechts zoolang de schuld niet betaald is ¹⁾. Heeft betaling plaats gehad, dan keert de possessio tot den pandgever weder; van dit oogenblik af wint deze laatste het utrubi-proces. Hieruit volgt, dat de pandgever, die betaald heeft — en slechts dan kan hij redelijkerwijs de zaak terugverlangen — de reivindicatie niet noodig heeft. Nog daargelaten, dat de reivindicatie, die eigendomsbewijs eischt, een weinig gewenscht rechtsmiddel is, hij behoeft haar niet, hij kan utribi bezigen. En als wij dan wijders bedenken, dat speciaal voor zijn geval eene actio in personam geproponeerd was, de actio pigneraticia (formulier „S. p. Anr Am No No rem q. d. a. ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam . . . esse . . . eamque rem Ao Ao redditam non esse, quanti” et rel. ²⁾), dan wordt het duidelijk, dat de praetor de reivindicatie als niet ter zake dienend kon weigeren (denegatio actionis).

Den pandhouder wordt eene possessio gewaarborgd door utrubi. Het was als pandhouder, dat hem dit ten deel viel, een bruikleener of bewaarnemer verleende men het voorrecht niet.

¹⁾ Zie D. 44, 3, 14, 3 „quamdiu mihi pecuniam non exsolveris”.

²⁾ *Ed. Perp.*, bl. 246.

Derhalve moest men aantoonen pandhouder te zijn. Natuurlijk beteekent dit niet, dat men het volledig bewijs van zijn pandrecht moest bijbrengen, want wij bevinden ons hier in een *possessoir geding*. Ik veronderstel, dat men bewees de zaak als pand te hebben ontvangen, immers dit feit stempelt zijn feitelijk bezit tot feitelijke uitoefening van pandrecht. Welnu, tegenover hem, van wien het vaststaat, dat hij de zaak in pand nam, is van de zijde des pandgevers redelijkerwijs slechts deze bewering mogelijk: zeker, maar sedert ik u de zaak in pand gaf, heb ik betaald. Is hij bereid dit te beweren, dan stelt de praetor de *actio pigneraticia* ter beschikking, of als de pandgever het verkiest in rem te procedeeren, *utrubi*. In de vage bewering: ik ben eigenaar, laat gene bewijzen, dat hij eenig recht op de zaak heeft, wordt hij eenvoudig niet gehoord. — Tusschen pandgever en pandnemer draait het geschil om de vraag of betaald is. Het rechtsmiddel, bestemd om dit geschilpunt aan den rechter te onderwerpen, is de *actio pigneraticia*; en ook door middel van *utrubi* kan, via de vraag wie „*possessor*” is, eene beslissing over dit punt worden verkregen. Wie hier komt aandragen met de reïvindicatie, brengt een te-veel in het geding, den eigendom; een te-veel, dat aanleiding geeft tot chicaneuse tegenspraak. De praetor was daar om de reïvindicatie te *ecarteeren*. Niet voor niets ging te Rome aan het geding voor den rechter eene instructie door den magistraat vooraf!

Nu het geval, dat eigenaar en pandgever niet dezelfde persoon zijn. Gewoonlijk ligt dit hieraan, dat de zaak buiten den eigenaar om door een derde verpand is ¹⁾. Tegenover den eigenaar baat te Rome een beroep op aan een derde ontleend pandrecht niet. De tot uitwinning overgaande eigenaar zal zich van de reïvindicatie bedienen, maar in deze actie eene *pandexceptie* te doen opnemen is nutteloos.

¹⁾ Het kan ook andere oorzaken hebben. Curieus is zeker C. 8, 13 (14), 9, waar de pandgever ten tijde der verpanding eigenaar was, maar naderhand den eigendom overdroeg door schenking. De Keizer raadt de begiftigde te vindiceeren. Naar klassiek recht zou deze zich van *utrubi* bedienen, daar zij, als rechtsopvolgster van den pandgever, *accessie* heeft van diens bezit (D. 44, 3, 14, 2). Ook de *actio pigneraticia* is, na geringe wijziging van het standaard-formulier, voor dit geval bruikbaar.

Uitvoerig behandelde ik de kwestie, die ons bezig houdt, voor roerend pand. Voor pand op onroerend goed kan ik kort zijn. Waarschijnlijk was ook de houder van een onroerend pand „possessor” en, naar men pleegt aan te nemen ¹⁾, handhaafde hij zich als zoodanig door middel van utrubi's broeder-interdict, uti possidetis. Wil hij uti possidetis tegenover den pandgever winnen, dan zal ook hij moeten aantoonen, dat hij de zaak in pand genomen heeft. Wellicht verviel ook zijne possessio door betaling der schuld Als dit alles juist is, dan geldt het voor roerend pand geleverd betoog ook hier.

Ons antwoord op de vraag: bediende men zich in klassieken tijd van reivindicatie met exceptie uit pandrecht? luidt: neen, want den eigenaar-pandgever werd de reivindicatie geweigerd en tegenover de reivindicatie van den derde-eigenaar had de exceptie geen zin ²⁾.

§ 4. Reivindicatie en exceptie uit erfpacht.

Indien wij aannemen, dat de pachter van den ager vectigalis op gelijke wijze als vruchtgebruiker, opstaller en pandhouder in

¹⁾ Zie b.v. Ubbelohde in Glück's *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, Serie der Bücher 43—44, V, bl. 493. In mijn Proefschrift, bl. 48, betoogde ik de onmisbaarheid van een interdictum retinendae possessionis voor den houder van een onroerend pand.

²⁾ Pandexceptie tegenover reivindicatie wordt in geen enkelen klassieken text vermeld. Wel in een constitutie, C. 4, 24, 10, 1, in horribele, onklassieke taal. — Eene reivindicatie, ingesteld door den pandgever, wordt vermeld in D. 13, 7, 40 pr. „Papinianus libro III responsorum: debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit: nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur.” Papinianus spreekt hier over de actio pigneraticia (*Palingenesia* I, kolom 891), „Aut dominium vindicet” lijkt dus veel op een toevoeging. Maar strekt de vervalsching zich niet verder uit? Is „nec” geheel logisch? „Pignus petat” doelt op de actio pigneraticia, maar de geëigende uitdrukking is het niet: immers deze actie was in personam geconcipieerd. Ook „possessionem restituere cogetur” past niet bij eene actio in personam. — Opmerkelijk is zeker, dat volgens Fragm. Vat. 9 in dit zelfde boek zijner responsen Papinianus de vraag bespreekt, of de crediteur het pand koopen kan; een wel zoo interessante kwestie! Wellicht is uit dezen text de Digestenplaats vervaardigd.

het bezit van zijn recht werd gehandhaafd ¹⁾, dan moeten wij de mogelijkheid eener exceptie uit erfpachtrecht ontkennen. In de bronnen blijkt van deze procedure, voor zoover ik zie, niets ²⁾.

Slotbeschouwing.

Eigendom tegenover de rechten op eens anders zaak; eigendom en de rechten op eens anders zaak ieder voorzien van eene actie; deze laatsten bovendien van eene exceptie, om verweer tegen de eigendomsactie mogelijk te maken. Hoe eenvoudig, symmetrisch, logisch is dit! En hoe grillig was, daarmee vergeleken, het positieve Romeinsche recht! De eigenaar, die een zich noemend vruchtgebruiker tegenover zich vindt, bezigt een te dier zake geproponeerde actio negativa. Wordt hem een beroep op opstal tegengeworpen, dan vraagt hij den praetor een causa cognita in factum te concipieeren formulier. De pandgever erlangt zijn recht door middel van actio pignoratitia en interdictum utrubi

Het Romeinsche recht was minder eenvoudig maar het was ook beter. Het verwezenlijkt het denkbeeld, dat degeen, die niet gewelddadig, noch ook heimelijk of ter bede ³⁾ een zakelijk recht feitelijk uitoefent, vermoed moet worden zulks terecht te doen. Eene gedachte, die door het imaginair systeem van acties en excepties verwaarloosd wordt.

Was het Romeinsche recht zoo eenvoudig en symmetrisch als, met erkenning van dit denkbeeld, mogelijk was? Neen, het was noodeloos ongelijkvormig. Had in zijn bloeitijd dit recht een codicator gevonden, die aan de speciaal Romeinsche gaven dogmatische talenten paarde, dan zouden belangrijke vereenvoudigingen niet achterwege zijn gebleven; zonder eenige schade aan het innerlijk gehalte van het recht. Dit voor de materie van het zakenrecht nog eens zelfstandig te kunnen constateeren, was mij een genoegen.

En dan is er nog iets. Herhaaldelijk bleek, dat de taak van den praetor omvangrijker en gewichtiger is dan men soms meent.

¹⁾ De noodzakelijkheid dit aan te nemen betoogde ik in mijn Proefschrift, bl. 48.

²⁾ Adolf Last meent de exceptie uit erfpacht te bespeuren in D. 20, 1, 31, 1.

³⁾ Scilicet ten opzichte van de wederpartij.

Van automatische toepassing van het edict is nimmer sprake. Te midden van de veelheid der feiten het eigenlijk punt in geschil aanwijzen; de niet ter zake dienende actie weigeren, de juiste actie geven, ziedaar zijn werk. Weder een blik te hebben kunnen werpen op het levend beleid van den praetor, ook dit was mij een voldoening.

CHRONIQUE ANGLAISE.

THE LITERATURE OF LEGAL HISTORY SINCE THE WAR.

In England, as in most countries, the war not only paralyzed scholastic activity during the period of hostilities, but for a considerable time after the declaration of peace opposed formidable difficulties to the production of learned work. This was the more unfortunate because there were heavy arrears to be made up. The war had affected every department of law, innumerable precedents had been established; and since it is from these precedents that English law derives its life-blood, there was much work to be done in bringing the exposition of the law *au jour*. Consequently most of the energy of English lawyers has gone into the revision and synthesis of modern law, rather than enquiry into historical origins. British lawyers cannot exist without those standard "practice books" which possess almost a *ius respondendi* in the courts, and which constantly have to be adapted to changing conditions. Of these a large number of new editions have appeared in the last four years, and have absorbed the greater part of legal publication.

However, the output of historical work is by no means inconsiderable. Jurisprudence as such lies somewhat outside the scope of this notice, but no account of recent English legal literature would be complete without mention of Sir Paul Vinogradoff's two volumes on *Historical Jurisprudence*. This is the first treatise of its kind in the English tongue. English lawyers are notoriously indifferent to jurisprudence as a branch of legal science. In the theory of sovereignty and law we have stood still for

more than a century; our tradition of jurisprudence comes from Austin, which means in effect that it comes from Hobbes. During the 19th century we remained almost entirely unaffected by the great juristic conflicts fought on continental battle-grounds; and to this day much of the doctrine of State and Law taught in our universities and law-schools is that of a bygone stage of social evolution. This seeming apathy is doubtless due in part to the fact that much of the theoretical discussion which in other countries is the subject of learned treatises, in England lies directly within the province of the courts themselves. Partly also it may be due to an absence of the speculative temperament. Whatever the cause, we have been singularly unfruitful of notable work in the field of jurisprudence, even after a great stimulus was given to the study of its historical aspect by the remarkable talents of Maine and Maitland. Prof. Vinogradoff's work is the first attempt to present a systematic view of the methods and results of historical jurisprudence. The subject is vast, and the author has been compelled to keep it within certain limits of plan. He has chosen the ideological in preference to the chronological method, and has selected three characteristic aspects of the growth of social and juristic ideas — the tribe, the city-state, and the mediaeval conception represented by feudal and canon law. Two volumes have now appeared, one on *Tribal Law*, the other on *The Jurisprudence of the Greek City*, and a third, on *The Mediaeval Jurisprudence of Western Christendom* will shortly be added. To these is prefaced, in the first volume, a brilliant introduction which sketches the relationship between law and the sciences, and gives a compendious view of the chief methods and schools of jurisprudence in Europe. This introduction has recently been published as a separate volume, and will be of particular value in opening the eyes of English lawyers to the great movements of juridical thought which we have so long neglected.

There seems to be no limit to the enthusiasm and industry of our foremost historian of English law, Dr. W. S. Holdsworth, who has recently succeeded to the Vinerian (Blackstone's) Chair at Oxford. His *History of English Law*, in three volumes, is too well known to need description here. Vol. I, "intended to be the first of two volumes dealing with the General History of English

Law", appeared in 1903; in the next six years the two volumes grew into three, and brought us down to the end of the mediaeval period. Now, as the result of another decade of indefatigable research, the three volumes, like Falstaff's men in buckram, have grown into seven; but unlike Falstaff's men, they have a very practical reality. Two of the volumes have already appeared, revising and superseding the existing early volumes; the remainder are in course of publication. We are indebted to the author for a unique and monumental history of English law approximately to the end of the 17th century, and in some departments to modern times. This work is and will remain one of the most notable achievements of English legal scholarship, and is quite indispensable to all students of our institutions. It would be ungracious to ask for more from Prof. Holdsworth's pen; but we are greedy enough to hope that he will put the coping-stone to so remarkable an edifice by further volumes bringing the history down to our own times.

No institution has done more for the study of English legal history than the Selden Society. Founded in 1887, it has been continuously active since that date in publishing the older records of our courts not accessible to the ordinary reader. Thirty-nine volumes now stand to its credit. Particular attention has been devoted to an authoritative edition, with translation and critical annotation, of the Year Books. Seventeen volumes of this series have now been published, bringing the work down to the year 1315. Post-war conditions gravely threatened the work of the Society, but these difficulties have now been overcome, and the enterprise goes on industriously. Between 1918 and 1921 appeared three volumes (XIII, XIV and XV) containing the Year Books of 6 & 7 Edw. III (1312—13), two under the editorship of Sir Paul Vinogradoff and Dr. Ludwik Ehrlich, and one under that of Mr. W. C. Bolland. The latter editor is also responsible for editions (Vols. XVI and XVIII) of the Year Books of 7 Edw. II (1313—14) and 8 Edw. II (1315). Mr. Bolland is prolific in his subject, and in addition to this voluminous editorial work, has published a little monograph (*The Year Books*) in which he gives an instructive survey of the nature and characteristics of these remarkable records of our mediaeval Royal Justice.

A further contribution from Mr. Bolland, in a subject of which he is particularly a master, is his short but valuable sketch of *The General Eyre*. Mr. Bolland is a pioneer in the investigation of this most interesting and important institution of the 12th, 13th, and 14th centuries; part of his researches has already been embodied in the two volumes which he has contributed to the Selden Society series. The subject is of particular interest to the student of mediaeval law, exhibiting as it does the curious combination of administrative and judicial powers, of common law and equitable jurisdiction, of justice and oppression, which was vested in the justices in eyre. Mr. Bolland's account, being confined to three lectures delivered at the University of London, is all too short, but nevertheless contains much information derived from sources which no other scholar has yet explored.

The Cambridge University Press has inaugurated a series of *Studies in Legal History* under the editorship of the Downing Professor, Dr. H. D. Hazeltine. The Editor, in a somewhat grandiloquent general preface, states very ambitious aims for the series, and it will be no discredit to forthcoming volumes if they do not fulfil the most lofty of his ideals. However, *sic itur ad astra*, and the two volumes already published set a high standard for their successors. They represent two very different types of legal study; if we may borrow terms of Elizabethan parlance, the one is a "conceited", the other a "painful" work. The first is Prof. Roscoe Pound's *Interpretations of Legal History*, the published form of lectures delivered at Cambridge in 1922. This arresting work belongs properly to the scholastic production of U. S. A., and can therefore only receive here a much scantier reference than its suggestive originality deserves. It will serve a purpose in England the need for which has already been remarked on — that of directing the attention of lawyers to the main currents of foreign jurisprudence. The author's vivacious style, though it may sometimes tempt him to a certain slenderness of demonstration, combines with wide scholarship to stimulate much interesting speculation, if not always conviction. The second volume, Dr. P. H. Winfield's *History of Conspiracy*, is a much more specialized study, and represents a portion of the results of the author's long-continued investigations into an obscure branch

of our law. The crime and the tort of conspiracy, with their difficult mental element, are an instructive study for the jurist, and considered with their allied wrongs of illegal combination, abuse of legal process, and maintenance and champerty, are of particular interest at the present time. Dr. Winfield has collected much new evidence, and foreign students will find his account of particular interest as an example of a characteristic process of our mediæval law — the change from the strict writ procedure into the elastic "action on the case".

No court commands more respect from the English lawyer than the King's Council, "the common mother of all courts of justice in the realm". The principal work on this subject has been done up to the present by Prof. J. F. Baldwin in America and by Mr. I. S. Leadam for the Selden Society in England. Mr. Leadam's death in 1914 unhappily left incomplete the volume of *Select Cases before the King's Council* which he had undertaken to edit for the Selden Society; it has, however, been completed by Prof. Baldwin, and was published in 1918 by the Harvard University Press. From Dr. R. R. Reid we have recently had a valuable study of the King's Council seen from another angle — viz., in that part of it, formed by Richard III in 1483, which became the famous or infamous *King's Council in the North*. This scholarly study not only assembles many new facts concerning a particular local court, but in its introductory account of the "problem of the North" in the Middle Ages presents a highly interesting view of the power of local magnates and the difficulties of central government under the feudal system.

Local government at about the same period is also the subject of Miss G. Scott Thomson's *Lords Lieutenants in the Sixteenth Century*. This brochure concerns the history of administration rather than of law, but the two things have never been very far apart in England, and this account of Tudor provincial administration lies in a field but too little known, and yet essential to a proper understanding of constitutional development at a critical period of our history. The book, like many another, is a victim of the war, which delayed its publication for nine years.

Surprisingly little work has been done by English or foreign scholars on the history of the Civilians in England, in spite of

the brilliant lead given by Maitland. Mr. W. Senior's slender volume on *Doctors' Commons and the Old Court of Admiralty* is, so far as it goes, an informing essay on certain phases of an extensive subject. But one cannot help regretting that the author, instead of being content to reprint his articles on this subject in the *Law Quarterly Review*, did not set himself a larger task and give a more complete picture. As it is, his short study can only be regarded as a *hors d'oeuvre* to a fuller meal, and we may hope for more nourishment in the same kind from Prof. Vinogradoff's forthcoming volume on the Canon Law.

Of making books about Parliament there is no end, but Prof. A. F. Pollard's volume on *The Evolution of Parliament* shows that there is still much to be said on a well-worn subject. The author follows Maitland in finding the primordial elements of our "legislature" in its judicial rather than its legislative attributes. He attacks with much force some of the most cherished popular notions about the life-history of our Parliament — such as "the myth of the Three Estates" and the "fiction" that writ of summons was the basis of hereditary peerage and therefore of hereditary law-making privilege. In his treatment of the relationship between Parliament and State, Prof. Pollard has much to say which will not commend itself to convinced democrats, still less to convinced socialists or syndicalists; but it is said vigorously and cogently, and presents a theory of English Parliamentary government which will suggest much matter for thought on those problems of State and Individual, governor and governed, which preoccupy every jurist in the present condition of Europe.

A brief word may be added concerning some of the tendencies noticeable in the jurisprudence of the courts since the war. Two features stand out in relief. One is the effort which the judges have been making, against great odds, to get back from the influence of emergency legislation to normal common law and constitutional principles. For at least a decade there has been a marked tendency in England to weaken the strict principle of the "Rule of Law" by a gradual infiltration of administrative law. This tendency, it goes without saying, was enormously

fostered by war legislation and its concomitant increase of government departments invested with special powers. We have not been able to shake off this intensive influence of administrative law, and the result is anomalous. The existing remedies against the Crown prove inadequate to an altered situation, and the courts are powerless to adapt them to new needs. It is probable that the next few years will see a great change in this sphere, and that some radical constitutional reforms will be made, especially in regard to providing actions in delict against the Crown; for none exist at present. Already the courts have several times found it necessary to emphasize the limits of the royal prerogative, and the weighty decision of the House of Lords in *Attorney General v. De Keyser's Hotel* (1920) A. C. 508 (a case affecting the right of the Crown to expropriate the subject) will long remain a leading authority on this topic. A more recent constitutional case, *Rex v. Secretary of State for Home Affairs* (1923) 2 K. B. 361, and (1923) A. C. 603, created great public interest owing to its political associations, and is instructive in its characteristic English note of insistence on personal liberty, in the severe check imposed by the judges on the actions of the executive, and in the constitutional questions it settles as to the Irish Free State.

Another notable feature springs from the problem of offensive and defensive combinations both of capital and labour — a problem common to most European countries at the present time. Innumerable have been the decisions on restraint of trade and trade combination; nor can it be pretended that any very clear principle has yet emerged from them. They seem, however, to point to a growing syndicalization of industry; and the legal questions arising therefrom are not likely to diminish in future. The central problem is of great moment to the public, since it affects every man's right to trade on what terms he will. It is complicated in England by the fact that our law knows no theory of *chicane* or abuse of legal right, and the unsatisfactory result is that under cover of a strictly technical right economic organizations can bring to bear on individuals influence which comes dangerously near to oppression. How the law will finally settle itself is at present difficult to see.

Decisions on more technical points of domestic law are so numerous that it is perhaps dangerous to attempt a selection; but one or two may be mentioned which raise questions of general juristic interest over and above their local importance. *Bourne v. Keane* (1919) A. C. 815 effects a revolution in the law by laying down that a bequest of personal estate for the purpose of saying masses for the dead is not void as being a "superstitious use". This decision overthrows a doctrine implicitly accepted by English lawyers for more than a century. The ever-insistent problem of insanity as a defence to crime indirectly engages the attention of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Beard* (1920) A. C. 479, but unfortunately the decision is limited to the defence of drunkenness, and throws no light on those many parts of the wider question of insanity which are still very dark. However, the case at least decides that when a criminal pleads drunkenness as a defence, it is sufficient to make him liable if he knew *what he was doing*, and the jury need not further consider whether he knew *that what he was doing was wrong* — as they must consider in the case of insanity. A case of importance in the English theory of *culpa* is *Re Polemis and Furness* (1921) 3 K. B. 560, since it clarifies some of the misconceptions which had been growing up round the doctrine of "remoteness of damage" in negligence; and our somewhat unsatisfactory doctrine of contributory negligence receives new light in *The Volute* (1922) 1 A. C. 129. The doctrine of consideration, always a thorn in the side of English contract, figures prominently in the very recent decision of the Court of Appeal in *Rose & Frank v. Crompton* (1923) 2 K. B. 261, and to the satisfaction of all plain men is given a place distinctly subordinate to the consensus of the contracting parties. We understand that this important case is now on appeal to the House of Lords. The Law of Property (Lord Birkenhead's) Act, 1922, introduces radical changes in the most complicated department of our law, and especially in real property. It aims at effecting a substantial simplification in our over-complex conveyancing; but as it does not yet come into effect, it is too early to speak of its practical operation.

CARLETON KEMP ALLEN,
Fellow of University College, Oxford.

LA CAUSAE COGNITIO SOUS LA PROCÉDURE FORMULAIRE

PAR

HENRI LÉVY-BRUHL (LILLE).

Je me propose, dans le présent travail, d'étudier aussi complètement que possible l'institution procédurale qui porte le nom de *causae cognitio*, c'est à dire, pour en donner une première définition approximative, l'examen de l'affaire auquel se livrait le magistrat, dans certaines hypothèses, avant de délivrer ou de refuser le moyen de droit qui lui était demandé. Je ne m'occuperai que des cas où cette *cognitio* est faite à Rome, par le préteur urbain, pendant la période formulaire.

Cette institution, dont l'importance apparaîtra à la fin de cette étude, ne semble pas avoir sollicité l'attention des Romanistes. Je ne connais pas de monographie qui lui soit consacrée en dehors de l'article de M. Wlassak dans la *Real-Encyklopaedie* de Pauly-Wissowa, h° v° (T. IV, c. 204, s.) et les traités de procédure romaine la passent à peu près sous silence¹). Les raisons de cette abstention sont aisées à découvrir: la *causae cognitio* n'est pas considérée comme une institution véritable, ayant ses conditions

¹) Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts, II. Formulae*, Bonn, 1865, p. 209, ne mentionne pas notre institution; Keller, *Der Römische Civilprozess und die Aktionen*, (ed. Wach) 1883, ne contient sur elle qu'une note très incomplète (p. 251), n. 576; Costa, *Profilo storico del processo civile Romano*, Rome, 1918, la passe sous silence. Greenidge, *The legal procedure of Cicero's time*, Oxford, 1905, p. 275, prend l'expression *causae cognitio* dans un sens manifestement inexact. De même Bekker, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, II, 1871, p. 274, me semble avoir totalement méconnu le sens de notre institution. A plus forte raison ne trouve-t-on pas de théorie de la *causae cognitio* dans les Manuels de MM. Girard et Cuq.

d'existence définies et produisant ses effets propres. C'est là, à mon sens, une erreur. Nous verrons que la *causae cognitio* est, dans le mécanisme de la procédure formulaire, un rouage essentiel et que sa méconnaissance condamne à se faire une idée fausse de la procédure à cette époque.

Ce caractère technique de la *causae cognitio* se dégagera au cours de la présente étude, au fur et à mesure de l'examen de ses éléments constitutifs, mais il y a intérêt, me semble-t-il, à l'établir dès maintenant, à l'aide de quelques textes :

D. 29, 4, 6, 3 — Non simpliciter autem praetor pollicitus est se daturum actionem, sed causa cognita.

D. 4, 8, 15 — Licet autem praetor destricto edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem ejus habere debet et excusationem recipere causa cognita.

D. 2, 4, 11 — Quamvis non adjiciat praetor causa cognita se poenale iudicium daturum, tamen Labeo ait moderandam jurisdictionem.

D. 47, 10, 15, 34 — Praetor ait: qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse de eo injussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo; item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo.

Ces textes, sur lesquels j'aurai à revenir, et auxquels on en pourrait aisément ajouter d'autres ¹⁾, prouvent, à mon sens, de la façon la plus nette, qu'il y a normalement une différence entre les hypothèses où la *causae cognitio* est promise par le prêteur et celles où aucune réserve de ce genre ne figure dans l'Edit. Cela revient à dire que la *causae cognitio* a un caractère technique, qu'elle est une véritable institution de procédure. Avant d'en aborder l'examen, il convient de la délimiter soigneusement, d'écarter les hypothèses qui, pour une cause ou pour une autre, n'entrent pas dans notre champ d'études.

La *causae cognitio* étant une institution procédurale, j'éliminerai d'abord et sans grande difficulté les *causae cognitiones* extra-procédurales que nous signalent nos sources ²⁾.

¹⁾ Cf; notamment, *D. 4, 8, 9, 4; 4, 4, 11, 3; 4, 2, 14, 2; 3, 3, 13; 4, 3, 30; 4, 3, 9, 5.*

²⁾ On voit la *causae cognitio* appliquée à l'émancipation (*D. 38, 5, 13*), à l'adrogation (*D. 28, 6, 40*) à la vente des *praedia* d'un mineur (*D. 27, 9, 11*), des biens d'un fou (*D. 42, 4, 7, 1*), à la vente des biens héréditaires pendant

En second lieu, limitant mes recherches à la procédure formulaire, je rejeterai les textes nous présentant une *causae cognitio* exercée dans toute autre instance qu'un procès de l'*ordo judiciorum privatorum*¹⁾.

Enfin — mais ici la discrimination est beaucoup plus délicate — j'écarterai les textes où la *causae cognitio* est bien, à la vérité, exercée dans un procès régulier sous la procédure formulaire, mais où il y a lieu de penser qu'elle est pratiquée, non pas par le magistrat *in jure*, mais par le juge, *in judicio*.

Tel est, à mon avis, le cas pour les textes suivants que je mets sous les yeux du lecteur en raison de leur difficulté d'interprétation, à ce point de vue.

D. 2, 11, 2, 8 Ulp. l. 77 ad ed. Si quis tamen cum posset non incidere in potestatem vel in fluminis vim, si ante profectus esset,

le *spatium deliberandi* (*D. 28, 8, 7*), où des biens litigieux avant la *litis contestatio* (*D. 5, 3, 5, pr.*). De même encore en matière d'inventaire, le préteur autorisera *causa cognita* les créanciers à prendre copie des livres du débiteur (*D. 42, 5, 15, pr.*). Il autorisera *causa cognita* l'ouverture du testament s'il y a doute sur l'existence de l'héritier (*D. 29, 3, 2, 4*). Il procédera à une *causae cognitio* avant d'autoriser une transaction en matière de créance d'aliments (*D. 2, 15, 8*). Dans certaines hypothèses de *missio in possessionem*, lorsqu'il y a plusieurs créanciers qui ne s'entendent pas sur les opérations à faire sur le bien saisi, le préteur désigne l'un d'eux, *causa cognita* (*D. 42, 5, 8, 4*). Il peut autoriser après enquête, la femme enceinte à faire sa déclaration de grossesse malgré l'expiration du délai (*D. 25, 3, 1, 7*). De même il peut exceptionnellement permettre une nouvelle *dilatio* (*D. 12, 2, 7*). En matière de *damnum infectum* le préteur détermine *causa cognita* le jour où il exigera la *cautio* (*D. 39, 2, 13, 15*). Il se réserve, dans son édit, le droit d'examiner la situation avant d'accorder le *jus deliberandi* (*D. 28, 8, 8*). Lorsqu'un individu bénéficie d'un legs d'option, le magistrat fixe, *causa cognita*, un terme à l'échéance duquel le légataire devra avoir fait son choix (*D. 33, 5, 6*). — Cf. n. suivante, 2, a. b. c.

¹⁾ 1. Nous trouvons une *causae cognitio* exercée en matière criminelle (*D. 40, 16, 5; 48, 18, 1, 25; 47, 17, 1, etc.*). — 2. Certaines *causae cognitiones* sont pratiquées par des préteurs autres que par le préteur urbain: a. préteur fidéicommissaire (*D. 40, 5, 26, 7; 20*), b. préteur de *liberalibus causis* (*D. 40, 12, 27, etc.*), c. préteur tutélaire (*D. 27, 2, 5; 6*). — 3. En outre, il faut se garder de rapporter à la *causae cognitio* formulaires des textes évidemment relatifs à la *cognitio extra ordinem* (*D. 5, 1, 68—73; 5, 1, 36, etc.*) Il faut rejeter pour la même raison, les textes où figure la *causae cognitio*, si leur interpolation est certaine (*D. 2, 12, 7; 2, 13, 9, 1*).

vel tempore opportuno navigasset, ipse se artaverit; numquid exceptio ei minime prosit? quod quidem causa cognita erit statuendum...

D. 9, 2, 28, 1 Paul. l. 10 ad Sabin. Haec tamen actio (sc. leg. Aquil.) ex causa danda est, id est si neque denuntiatum est, neque scierit aut providere potuerit: et multa hujus modi deprehenduntur quibus summovetur petitor, si evitare periculum potuerit.

D. 11, 7, 14, 11 Ulp. l. 25 ad ed. Si quis dum se heredem putat, patrem familias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens: et ita Trebatius et Proculus putat: puto tamen et ei ex causa dandam actionem funerariam.

Ces trois fragments se rattachent-ils à la théorie de la *causae cognitio*, telle que je l'ai brièvement définie plus haut? Font-ils allusion à une enquête pratiquée par le préteur avant d'accorder l'action ou l'exception?

La question n'est pas douteuse — et doit être résolue par l'affirmative — pour tous ceux qui estiment que par les mots *actio datur, danda est* et les expressions analogues, il faut entendre la délivrance du moyen de droit par le préteur. Mais j'ai essayé de démontrer ailleurs que c'est là une conjecture arbitraire et contredite par les textes, qu'il y a au contraire des cas où *actionem non dari* signifie simplement „être débouté”¹⁾.

C'est, à mon avis, le cas ici. Les textes plus haut cités se réfèrent non pas à l'activité du préteur, mais à celle du juge saisi. Sans doute, à première vue, il peut paraître surprenant que le jurisconsulte s'adresse au juge pour lui conseiller d'examiner l'affaire avant de condamner ou d'absoudre. N'est-ce pas là un conseil superfétatoire? Pas tant qu'il ne semble, car dans les hypothèses délicates qui sont traitées là le juge pourrait être tenté de formuler sa sentence un peu hâtivement. Le Prudent le met précisément en garde contre ces apparences et l'engage à examiner à fond l'espèce particulière qui lui est soumise²⁾.

¹⁾ Dans un travail intitulé *La denegatio actionis sous la procédure formulaire* récemment publié dans les *Travaux et Mémoires de l'Université de Lille*.

²⁾ Que l'expression *causa cognita* puisse s'appliquer à l'activité du juge, cela est prouvé, pour la procédure formulaire, par les textes suivants de Cicéron, *Pro Caecina*, 29; *Verr*, I, 39. Cf. encore *C. J.* 4, 1, 3. Diocletien

Ces éliminations opérées je puis, sur un terrain plus sûr, commencer l'étude de la *causae cognitio*¹⁾. Je diviserai cette étude en deux sections. Dans la première, après de brèves observations terminologiques, je dresserai l'inventaire des cas de *causae cognitio* que nous présentent nos sources. Dans la seconde j'essaierai d'en construire la théorie.

IÈRE SECTION. LES CAS DE CAUSAE COGNITIO.

§ I. *Terminologie.*

Pour relever les cas de *causae cognitio* que nous présentent les sources romaines, un critérium terminologique serait utile. Mais nous n'en possédons pas qui soit infaillible.

et Maximien (286). *In bonae fidei contractibus nec non etiam in aliis causis, inopia probationum, per judicem jure jurando, causa cognita, res decidi potest.*

¹⁾ Je ne suis pas éloigné de penser que les actions dites *in factum* ne sont pas autre chose que des actions dans lesquelles le prêteur s'est réservé la *causae cognitio*; son investigation porterait là sur les conditions de droit, laissant uniquement au juge la vérification des questions de fait. Cette manière de voir n'est pas en contradiction avec notre principale source en cette matière, Gaius IV, 45—47. L'examen comparatif des deux formules de l'action *depositi*, l'une *in jus*, l'autre *in factum*, qui nous sont toutes deux conservées par Gaius IV, 47, confirme cette conclusion. Dans la formule *in jus*, en effet, le juge devra apprécier „*quidquid ob eam rem N.N. A.A. dare facere oportet*”: c'est lui donner à résoudre la question de droit. Pour le faire il devra, comme le juge moderne, rechercher si les éléments du contrat tels qu'ils sont définis dans l'édit introductif et dans la coutume (*fides bona*) sont réunis dans l'espèce qui lui est soumise. Toute autre est la formule *in factum concepta*: le juge saisi par elle devra simplement vérifier „*an pareat A.A. apud N.N. m. a. deposuisse* etc. et dans l'affirmative condamner au *quantum ea res erit*. A la vérité cette distinction reste assez vague car pour apprécier si le défendeur a déposé l'objet chez le demandeur le juge est obligé de se référer à la définition du dépôt telle qu'elle figure sur l'édit prétorien et l'on ne voit pas dès lors en quoi diffèrent les deux formules. Pour donner à la distinction un sens précis, on est obligé, à mon avis, de faire appel à la théorie de la *causae cognitio*: le juge de l'action *in factum* se bornant à la vérification du fait de dépôt dans ce qu'il a de plus matériel, les autres éléments de l'action tels qu'ils sont définis par l'édit introductif et les commentaires des jurisconsultes, seraient nécessairement de la compétence du magistrat. S'il en était bien ainsi, le domaine de la *causae cognitio* se trouverait singulièrement accru.

L'expression la plus fréquemment employée est „*causa cognita (judicium dabo)*”¹⁾. Dans l'Edit perpétuel codifié, tel qu'il a pu être reconstitué, elle revient 8 fois. Je montrerai plus loin qu'elle figurait sans doute plus souvent encore dans les Edits de la République ou du début du Principat. Sans être sacramentelle, elle était d'un usage si fréquent que Valerius Probus l'insère dans son recueil d'abréviations: *In edictis perpetuis*, 12. C. C. = . . . *causa cognita*²⁾.

Naturellement *cognoscere* ou même *causam cognoscere* peuvent être employés dans certains textes littéraires ou même juridiques avec un sens différent qui sera précisé par le contexte³⁾. L'expression *causa cognita* n'est donc pas un critérium suffisant.

Ce n'est pas non plus un critérium nécessaire, car nous trouvons, à côté de *causa cognita*, d'autres expressions équivalentes qui auront les mêmes effets juridiques. Telles sont: *cum justa causa esse videbitur, ubi quaeque res erit* . . .

Deux autres locutions méritent d'être relevées. La première est „*ex causa*”. Par elle-même cette expression est assez neutre.⁴⁾ Mais le contexte peut préciser qu'il s'agit ici d'un examen auquel se livre le préteur avant de statuer sur une demande de délivrance d'un moyen de droit⁴⁾. La deuxième expression est „*boni viri*

¹⁾ Cf. *Vocabularium jurisprudentiae romanae*, T. I., v^o *causa*, c. 668-670.

²⁾ Girard, *Textes*⁵ (1923) p. 217.

³⁾ Nombreux sont les textes où *causam cognoscere* — et les expressions qui en dérivent, comme *causae cognitio*, *causa cognita*, etc. sont employés dans un sens non technique. Je me bornerai à citer les suivants: *D.* 39, 2, 15, 32; 29, 2, 23; 3, 2, 13, 6. Après quelques hésitations, je renonce à accorder un sens technique au mot *cognoscere* dans le fragment suivant: *D.* 38, 5, 1, pr. Ulp. *l. 44 ad ed. Si quid dolo malo liberti factum esse dicetur, sive testamento facto sive intestato libertus decesserit, quo minus quam pars debita bonorum ad eorum quem perveniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt: cognoscit praetor et operam dat, ne ea res ei fraudi sit.* Le texte me paraît seulement faire allusion à la création des actions Fabienne et Calvisienne.

⁴⁾ Voici, à titre d'exemples, un certain nombre de passages où dans des textes juridiques, l'expression *ex causa* n'a pas le sens technique: *D.* 49, 16, 3, 16; 2, 14, 10, 1; 13, 7, 6 pr.; 3, 5, 7, pr.

⁵⁾ La combinaison des deux textes suivants montre l'équivalence absolue (dans certains cas) de l'expression *ex causa* avec la réserve de *causae cognitio*: *D.* 2, 13, 6, 8, Ulp. *l. 4 ad ed. Praetor ait: Argentario eire qui iterum*

arbitratu”. Dans un cas au moins, dans l’hypothèse du *cognitor*, elle fait allusion à une appréciation personnelle du magistrat. ¹⁾

Il résulte de ce rapide examen terminologique que, tout en prenant pour base de nos investigations l’expression *causa cognita* (*causam cognoscere*), il ne faudra pas nous y fier aveuglément. Il faudra considérer comme intéressant notre institution tout texte qui manifestera, sous quelque forme qu’il s’exprime, un contrôle préalable du préteur — et ceux-là seulement.

§ II. *Les cas de causae cognitio.*

La *causae cognitio* intervient dans un assez grand nombre d’institutions de procédure que l’on peut commodément diviser en deux catégories suivant que le moyen employé par le préteur est un acte relevant de l’*imperium* ou de la *jurisdictio*. Toutefois, en raison des similitudes de fond, j’examinerai les interdits avec les actions et les exceptions et non pas dans la première catégorie à laquelle ils appartiendraient si l’on se plaçait au point de vue purement historique.

A. MOYENS TIRÉS DE L’IMPERIUM (À L’EXCLUSION DES INTERDITS).

1. *Restitutiones in integrum.*

En cette matière, nous possédons un texte de principe: c’est un fragment de Modestin, tiré du livre 8 de ses Pandectes et inséré au Digeste 4, 1, 3. Il nous apprend que la *causae cognitio* est de règle dans toute *restitutio in integrum*.

Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur.

Nous n’avons pas, à *priori*, de motif de contester l’assertion de Modestin. La nature même de l’*in integrum restitutio*, son caractère subsidiaire, l’énergie particulière de ses effets, impliquent, on l’a souvent remarqué, un examen du préteur, et cet examen est d’autant plus normal que, pour accorder la *restitutio*, le magistrat ne se place pas sur le même terrain que le juge: il se borne à

edi postulabit, causa cognita edi jubebo, et h. t. 6, 10, et s.: Nec iterum postulanti edi praetor jubet. nisi ex causa (Paul. l. 3 ad ed.) veluti si peregre habere quod primum editum est doceat... etc. Ce second texte est le commentaire explicatif du premier.

¹⁾ Cf. Heumann-Seckel. *Handlexicon zu den Quellen des Römischen Rechts*, v^o *arbitratus*.

anéantir les effets d'un acte juridique en raison de la protection spéciale que lui paraissent mériter certains individus ou certaines situations. On pourrait, il est vrai, concevoir que le préteur accordât automatiquement la restitution, sauf à faire plaider ensuite, le cas échéant, sur le point de savoir si le requérant se trouve ou non dans les conditions fixées par l'Edit. Mais ce qui caractérise précisément la *restitutio in integrum*, c'est que le préteur s'y réserve un droit absolu de contrôle, et que le décret de restitution qu'il rend ne peut plus être remis en question. Dès lors il est naturel qu'il ne soit prononcé qu'en connaissance de cause, après débat contradictoire. Au reste, l'assertion du fragment 3 se trouve confirmée partiellement par un certain nombre de textes se référant à des *restitutiones in integrum* particulières, principalement en ce qui concerne les mineurs,¹⁾ mais aussi pour les majeurs²⁾. On remarquera que ces restitutions s'appliquent

¹⁾ D. 4, 4, 11, 3 Ulp. l. 11 ad ed. *Sciendum est autem non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capti esse proponantur. 6 : item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus, et Pomponius simpliciter scribit non restituendum. Puto autem inspicendum a praetore, quis captus sit...* D. 14, 3, 11, 1. Ulp. l. 28 ad ed. *Sed et si minor viginti quinque annis erit qui praeposuit, auxilio aetatis utetur non sine causae cognitione.* D. 14, 6, 3, 2 Ulp. l. 29 ad ed. *Proinde et in eo qui scire non potuit, an filius familias sit, Julianus libro duodecimo cessare senatus consultum ait, ut puta in pupillo vel minore viginti quinque annis, sed in minore causa cognita et a praetore succurrendum.* D. 38, 5, 8 Julianus, l. 26 digestorum. *Sed si minori quam viginti quinque annis natu filio familias crediderit, causa cognita ei succurri debet.* Cf. aussi D. 12, 2, 9, 4; 21, 2, 39, pr.

²⁾ D. 2, 9, 2, 1 Paul, l. 6 ad ed. *Si absens sit servus.....; sed si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit jussu praetoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat: ergo et actori acto restituenda est, perempta eo quod ductus servus in bonis ejus esse coepit.* D. 11, 1, 11, 8 Ulp. l. 22 ad ed.: *Ex causa succurri ei qui interrogatus respondit, non dubitamus.* D. 2, 8, 10 Paul, l. 75 ad ed. *Si ab arbitro probati sunt fidejussores pro locupletibus habendi sunt.... multoque magis, si sua voluntate accepit fidejussores, contentus his esse debet, quod si medio tempore calamitas fidejussoribus insignis vel magna inopia accidit, causa cognita ex integro satisfaciendum erit.* D. 44, 2, 11, pr. Ulp. l. 75 ad ed. *Si mater filii impuberis defuncti ex senatusconsulto bona vindicaverit idcirco, quia putabat rupto patris ejus testamento*

à des opérations très diverses. On restitue *causa cognita* contre un acte juridique ¹⁾, contre le mauvais choix d'un *vindex* ²⁾, contre une réponse *in jure* ³⁾, contre un jugement ⁴⁾, etc.

La portée de la règle énoncée par Modestin n'est cependant pas absolue. Elle souffre au moins une exception à l'époque classique: c'est celle qui concerne la restitution *ob status mutationem* ⁵⁾. Cette mesure est accordée de plein droit et sans débat à celui qui allègue la *capitis deminutio minima* de son débiteur. A vrai dire cette exception est plus apparente que réelle et le principe ne se trouve pas véritablement en échec. On peut, sans forcer les choses, soutenir que le requérant doit toujours prouver qu'il est dans les conditions de l'édit, mais que cette preuve est réduite ici à sa plus simple expression. Elle consiste dans l'affirmation de la *capitis deminutio* du débiteur, *capitis deminutio* qui, résultant d'un acte solennel, ne peut être contestée. Pourtant le préteur, en se retirant le droit de refuser la *restitutio in integrum* fait au créancier une faveur indéniable. Il est facile d'en apercevoir la raison. La *restitutio* a pour objet dans cette hypothèse d'anéantir les effets de la règle archaïque suivant laquelle les dettes sont éteintes par la *capitis deminutio minima*. Mais cette règle ne fut pas abolie d'un seul coup. Un premier édit, du temps de Labéon, dont l'existence paraît avoir été établie par M. Desserteaux ⁶⁾, laissait au préteur, au moyen de la *causae cognitio*

neminem esse substitutum, victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat, postea autem apertis pupillaribus tabulis apparuit non esse ei substitutum: si peteret rursus hereditatem, obstaturam exceptionem rei judicatae Neratius ait. ego exceptionem obesse ei rei judicatae non dubito: sed ex causa succurrendum erit ei quae unam tantum causam egit rupti testamenti. Il faut ajouter à ces textes les cas de restitutions contre l'expiration de délais étudiés plus loin, p. 21, s.

¹⁾ D. 14, 3, 11, 1.

²⁾ D. 2, 8, 10, 1.

³⁾ D. 11, 1, 11, 8.

⁴⁾ D. 4, 1, 8.

⁵⁾ D. 4, 5, 2, 1 Ulp. 1. 12 ad ed. Praetor ait: qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo. Cf. Savigny, *Traité de droit Romain* (trad. Guenoux) T. VII, p. 110 ss.

⁶⁾ F. Desserteaux, *Contribution à l'étude de l'Edit*, extrait de la *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*, 1912, pp. 12 ss. 50 s.

un moyen de repousser la demande en restitution. L'édit de l'époque classique, qui n'en fait plus mention, constitue le dernier terme de l'évolution et consacre le droit désormais acquis au créancier de ne pas tenir compte de la *capitis diminutio minima* de son débiteur.

2. *Stipulations Prétoriennes.*

Sur la foi de certains textes, on pourrait être tenté de croire qu'en cette matière, comme pour les *restitutiones in integrum*, la *causae cognitio* est de règle. Le préteur aurait eu le droit de soumettre à son contrôle, non seulement toute demande formulée par un justiciable ayant pour objet une *satisfactio* nouvelle, non promise par l'édit, mais aussi les *satisfactiones* figurant sur l'Album. Pratiquement cela revient à dire que le magistrat aurait eu la faculté, non pas seulement comme l'indique un texte¹⁾, d'interpréter les stipulations prétoriennes obscures, mais d'aller jusqu'à en dispenser le promettant éventuel si les circonstances lui semblaient favorables.

Les textes qu'on peut produire à l'appui de cette opinion n'ont pas, à mon avis, une portée si générale, en dépit des termes employés. Ce sont les suivants:

D. 46, 5, 1, 9 Ulp. l. 70 ad ed. *Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari ut stipulatio interponatur ipse praetor debet super ea re summam cognoscere et cautum jubere aut denegare.*

D. 36, 4, 3, pr. et 1 Ulp. l. 52 ad ed. *Si is a quo satis petitur offerat cognitionem et dicat „hodie constet de fidei commissio, hodie agamus” dicendum est cessare satisfactionem, cum possit ante de fideicommisso quam de satisfactione constare. Nec non illa cognitio imploranda erit ab herede, si forte dicatur per calumniam satis peti: hoc enim commune est omnium satisfactionum, divus enim Pius rescripsit eum apud quem satis petitur debere explorare, num per calumniam satis petatur: de qua re summam debet cognoscere.*

Dans le premier de ces fragments, tiré du passage de son ouvrage où il étudie les stipulations prétoriennes en général.

¹⁾ D. 46, 5, 1, 10 Ulp. l. 70 ad ed. *Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit jurisdictionis.*

Ulpien pose le principe dans toute son étendue. Dans le second passage cité, il en fait application à un cas particulier, mais le jurisconsulte prend soin de nous faire remarquer la généralité de la règle: „*hoc enim commune est omnium satisfactionum*”. Seulement, si le contrôle du préteur est général, il n'est pas absolu. Il suffit de lire les textes ci-dessus pour se rendre compte que le magistrat se place ici à un point de vue spécial: il recherche seulement si le requérant, en demandant la stipulation prétorienne, n'a pas obéi à un pur sentiment de chicane (*calumnia*). En d'autres termes le préteur pourra refuser le bénéfice de la *satisfactio* au plaideur qui manifestement n'en a pas besoin. Son enquête a donc un fondement très restreint: le souci d'éviter la *calumnia*, et un objet très limité: la personne du requérant. La question de savoir si, en dehors de cette théorie particulière de la *calumnia*, le préteur a un droit de surveillance sur les stipulations prétoriennes qu'il promet dans son édit, reste entière.

A cette question, une réponse certaine ne pourrait être apportée que si nous possédions le texte intégral de l'Edit prétorien. Peut être pourrions-nous y lire, soit dans l'édit introductif de la formule de stipulation, soit ailleurs, dans le corps même de l'Edit¹⁾, la mention d'un contrôle que se serait réservé le préteur. Malheureusement, en dépit des efforts souvent fructueux de l'érudition moderne, notre connaissance de ce document essentiel est restée très fragmentaire, et nous sommes réduits à nous contenter de conjectures.

Sur ce terrain peu sûr, il semble pourtant que les plus grandes vraisemblances soient contraires à la généralisation de la *causae cognitio* en matière de stipulation prétorienne. Un argument en ce sens me paraît pouvoir être tiré du texte suivant:

D. 35, 3, 4, pr. Paul, l. 75 ad ed..

Haec autem satisfactio locum habet, si justa causa esse videbitur: nam iniquum erat omni modo caveri nondum illata controversia litis, cum possint ei lusoriae minae fieri: ideoque eam rem praetor ad cognitionem suam revocat.

¹⁾ Lenel, *Edictum* ² p. 493: Einleitende Edikte sind hier als Regel nicht vorhanden, da ja die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Pflicht oder das Recht zur Eingehung oder Anbietung einer solchen Stipulation bestehe, fast überall schon in frühern Abschnitten des Edikts erledigt war.

Certes l'argument à *contrario* a rarement une valeur démonstrative. On ne peut cependant s'empêcher de penser que Paul n'aurait pas cherché à justifier l'existence de la *causae cognitio* en cette matière si elle avait accompagné, par définition en quelque sorte, toute stipulation prétorienne. A lire le texte sans parti-pris, il paraît bien opposer la stipulation imposée après contrôle (*si justa causa esse videbitur*) à la stipulation encourue automatiquement (*omnimodo caveri*).

Un raisonnement analogue peut être fondé sur un passage d'Ulpien :

D. 26, 4, 5, 1 Ulp. l. 35 ad ed. Sed etiam hos cogi satisdare certum est, in tantum ut etiam patronum et patroni filium ceterosque liberos ejus cogi rem salvam fore satisdare plerisque videatur; sed hoc causa cognita praetorem statuere debere melius est, utrum debeat satisdare patronus liberique ejus an non...

Ainsi les tuteurs légitimes doivent normalement fournir la *cautio rem pupilli salvam fore*. Ils ne peuvent pas en être dispensés. Cependant, pour une catégorie d'entre eux spécialement privilégiée, pour les patrons et leurs descendants, la règle est moins strictement observée. On accorde au préteur le droit de leur en faire remise après un examen qui l'aura convaincu de l'inutilité d'une pareille sûreté. Mais c'est là, on le voit, une mesure exceptionnelle, qui laisse subsister le principe suivant lequel le préteur ne jouit pas normalement du droit de dispense.

Il semble bien résulter de ces textes que, de droit commun la stipulation prétorienne constitue un droit pour le stipulant, droit dont le magistrat ne peut le dépouiller que dans des cas exceptionnels. La nature même de cette institution vient à l'appui de cette conclusion. Si la stipulation prétorienne est une mesure de suspicion, de défiance à l'égard du promettant, elle est aussi, et avant tout, une garantie accordée au stipulant et l'on conçoit que le magistrat n'ait pas la faculté de retirer à celui-ci au moyen d'une mesure individuelle, un droit qu'il lui a accordé par voie de disposition générale. Il y a lieu sans doute de faire à cet égard une distinction entre les stipulations préto-riennes. Toutes ne présentent pas, en effet, le même caractère. Il semble que certaines d'entre elles constituaient un mécanisme rigide sur lequel le préteur n'avait aucune prise : On conçoit

difficilement que les stipulations *pro praede litis et vindictiarum* ou *judicatum solvi* pussent être refusées par le magistrat ou, plus exactement, qu'il pût en dispenser un plaideur. Elles étaient devenues des formalités substantielles, des parties intégrantes de la procédure, auxquelles le plaideur cherchait aussi peu à se soustraire qu'à la *postulatio* ou à l'*editio actionis*. C'est dire que le préteur en ayant imposé et généralisé l'emploi, on n'avait plus besoin de s'adresser à lui pour les faire promettre par l'adversaire : il s'y prêtait spontanément, sachant que le procès ne pouvait se poursuivre à leur défaut¹⁾. D'autres stipulations prétorienne, n'étant pas parvenues au même degré de consolidation, toléraient sans doute un certain contrôle du magistrat sur leur fonctionnement et leur emploi.

Les quelques textes dispersés nous signalant la *causae cognitio* en matière de stipulation prétorienne confirment les considérations qui précèdent. Laissons de côté ceux qui signalent l'intervention prétorienne en matière de *calumnia*²⁾. Parmi les autres un seul signale la *cognitio causae* dans les stipulations de procédure ; il s'agit d'un cas très exceptionnel³⁾. Les autres mentionnent la

¹⁾ *Fragm. Vatic.* 17. *Quae satisfactio adeo necessaria est ut eam remitti non posse, etiamsi apud acta procurator constituatur, divus Severus constituerit.*

²⁾ En dehors des textes généraux cités p. 10, s. le Digeste nous signale une application de cette théorie, en matière de *damnum infectum* : D. 39, 2, 13, 3 Ulp. l. 53 ad ed. *Qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia jurare debet. Quisquis igitur juraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur utrum intersit ejus an non, vicinas aedes habeat an non habeat, totum tamen hoc jurisdictioni praetoriae subjiciendum, cui cavendum sit, cui non.*

³⁾ D. 9, 4, 39, 1 Julian. l. 9 digestorum. *Qui alienum servum suum esse fatetur, quamvis noxali actione obligetur, nihilo minus causa cognita satisfacere debet : Qui autem pro servo convenitur, satisfactione onerandus non est : non enim offert se defensionem alieni servi* — La *cautio judicatum solvi* est cependant placée sous le contrôle du préteur lorsqu'il s'agit de plaider non pour autrui, mais pour soi-même : Gaius, IV, 102 : *Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisfacere solet quas ipse praetor significat, quarum satisfactionum duplex causa est : nam aut propter genus actionis satisfactio aut propter personam quia suspecta sit ; propter genus actionis veluti iudicati deensive aut cum de moribus mulieris agitur : propter personam veluti si cum eo agitur qui decoxerit cujusve bona a creditoribus possessa proscriptae sunt, sive cum eo herede agatur, quem praetor suspectum aestimaverit.*

causae cognitio pour la *satisfactio rem pupilli salvam fore* ¹⁾, pour la *cautio si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicitur* ²⁾, pour celle exigée par les créanciers héréditaires qui ont des raisons de suspecter la solvabilité de l'héritier ³⁾, pour la *satisfactio* employée en matière de *vadimonium* ⁴⁾, enfin pour la *satisfactio* qu'un possesseur *sub conditione* de la succession fournit au substitué ⁵⁾. Il est aisé de voir que pour chacune d'elles l'intervention du prêteur se produit dans des circonstances anormales.

3. *Missiones in Possessionem.*

Il ne nous est dit nulle part que toute *missio in possessionem* est précédée d'un examen de l'affaire, mais nous possédons un certain nombre de textes signalant la *causae cognitio* en cette matière. Une première hypothèse est celle de l'individu qui se refuse à lier l'instance dans un cas très spécial de servitude ⁶⁾. Il y a lieu de penser à *contrario*, que la *missio* délivrée normalement contre celui qui se refuse à lier l'instance était accordée sans discussion, par le seul fait de l'*indefensio*. Dans une pensée de protection pour les postumes, le prêteur se réserve le droit de refuser la *missio in possessionem* des biens du défunt à l'encontre des postumes si telle ou telle formalité de son édit est

¹⁾ Cf. *supra* p. 12.

²⁾ Cf. *supra* p. 11.

³⁾ D. 42, 5, 31, pr. Ulp. l. 2 de omnibus tribunalibus. — Si creditores heredem suspectum putent, satisfactionem exigere possunt pro suo debito reddendo. Cujus rei gratia cognoscere praetorem oportet nec statim eum satisfactionis necessitati subicere debet, nisi causa cognita constiterit prospici debere his, qui suspectum eum postulaverunt.

⁴⁾ D. 2, 8, 7, 1, Ulp. l. 14 ad ed. Si necessaria satisfactio fuerit et non facile possit reus ibi eam praestare, ubi convenitur, potest audiri, si in alia ejusdem provinciae civitate satisfactionem praestare paratus sit.

⁵⁾ D. 2, 8, 12 Ulp. l. 77 ad ed. Inter omnes convenit heredem sub conditione, pendente conditione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate, et, si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa jubere solet stipulationem interponi.

⁶⁾ D. 8, 5, 18, Jul. l. 6 ex Minicio. Is cujus familia vicinum prohibebat aquam ducere, sui potestatem non faciebat, ne secum agi posset; quaerit actor, quid sibi faciendum esset, respondi oportere praetorem causa cognita jubere bona adversarii possideri.

transgressée de bonne foi¹⁾. En matière de *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, la *causae condictio* est exercée par le préteur non pas pour l'envoi en possession des biens héréditaires, mais pour ceux qui ont cessé par dol d'avoir cette qualification²⁾. Il semble donc que pour les biens incontestablement héréditaires la mesure de contrainte était délivrée *de plano*. De même la *missio in possessionem rei servandae causa* est accordée *causa cognita* lorsqu'il y a doute sur l'existence de l'héritier³⁾. En matière de *damnum infectum*, la *causae cognitio* nous est signalée par divers textes comme accompagnant la *missio in possessionem*, ce qu'il faut entendre de la seconde *missio in possessionem*, celle qui est décrétée par le préteur à défaut de *cautio* fournie par le défendeur, et qui donne la possession véritable⁴⁾.

Il est impossible de savoir, en dehors de tout texte général si le préteur gardait ou non un droit théorique de contrôle sur toutes les *missiones in possessionem* qu'il promettait dans son Edit. En fait, il semble résulter des textes cités que ce magistrat ne se livrait à une enquête avant d'accorder ce moyen de droit que dans des cas exceptionnels⁵⁾, soit que la personnalité du défendeur lui parût mériter une protection spéciale, soit que l'on ne se trouvât pas exactement dans la situation prévue par l'Edit.

¹⁾ D. 37, 9, 7, 1 Ulp. l. 41 ad ed. *Interdum non passim sed cum causae cognitione mitti venter in possessionem debet, si qui sit, qui controversiam referet.*

²⁾ D. 36, 4, 5, 5 Ulp. l. 52 ad ed. *Qui in possessionem legatorum servandorum causa mittitur, in possessionem quidem rerum hereditariarum omni modo veniet, hoc est earum quae in causa hereditaria manent; earum autem, quae in causa hereditaria non erunt, non alias mittitur quam si dolo malo in ea causa esse desierint, nec semper, sed causa cognita.*

³⁾ D. 42, 4, 8, Ulp. l. 60 ad ed. *Si diu incertum sit, heres extaturus nec ne sit, causa cognita permitti oportebit bona rei servandae causa possidere.*

⁴⁾ D. 39, 2, 4, 4 Ulp. l. 1 ad ed. *Si forte duretur non caveri, ut possidere liceat (quod causa cognita fieri solet) non duumviros, sed praetorem vel praesidem permissuros; item ut ex causa decedatur de possessione. D. 41, 2, 3, 23 (in fine) Paul. l. 54 ad ed.... et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit Cf. 39, 2, 38, 1.*

⁵⁾ Dans le même sens, Wlassak, in Pauly-Wissowa, IV, c. 212.

Au contraire, lorsque la situation se présentait comme normale, la délivrance du décret de *missio* était automatique.

4. *Bonorum Possessiones*.

Normalement, à l'époque classique, la *bonorum possessio* est accordée sans débat par le préteur, sur la seule allégation, fournie par le successeur prétorien, qu'il se trouve dans les conditions de l'Edit. Si tel autre intéressé, notamment l'héritier civil, conteste ce dernier point, la contestation ne fera pas naître immédiatement un débat devant le préteur; elle provoquera un procès véritable, une pétition d'hérédité où l'héritier prétorien, possesseur, jouera le rôle de défendeur. En d'autres termes le successeur prétorien, sur la seule affirmation de sa qualité, obtiendra la possession des biens héréditaires, sauf à son adversaire à démontrer, dans une instance distincte, que cette qualité est usurpée, qu'il n'est pas dans les conditions de l'Edit. Dans cette hypothèse, la plus fréquente, il n'y a pas, on le voit, place pour la *causae cognitio*.

Il existe cependant un petit nombre de cas où le préteur ne statue sur la *bonorum possessio* qui lui est demandée, qu'après un débat contradictoire, portant sur le point de savoir si le requérant est ou non dans les conditions exigées. A la suite de ce débat qui est, dans toute la force du terme, une *causae cognitio*, le magistrat rend un décret accordant ou refusant la *bonorum possessio*, qui porte alors le nom de *bonorum possessio decretalis*. A l'époque classique les cas de ce genre sont très peu nombreux. On cite la *bonorum possessio* accordée à la mère d'un héritier présomptif seulement conçu¹⁾, la *bonorum possessio* accordée à un impubère, dont la filiation est contestée²⁾, et celle accordée en faveur du *furiosus*, sur la demande de son curateur³⁾. Ce sont

¹⁾ D. 37, 9, *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus, passim*.

²⁾ D. 37, 10, 1, pr. Ulp. l. 41 ad ed. *Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset...*

³⁾ D. 37, 3, 1 Papin. l. 15 quæst. *Furioso Titius substitutus est; bonorum possessionis tempus, quandiu furiosus in eadem condicione est, neque instituto neque substituto cedit, nec, si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus praefinitum est, videbitur cedere.*

là, on peut le remarquer, des hypothèses où il s'agit de prendre des mesures provisoires dans l'intérêt d'incapables, et cette double circonstance a pu déterminer le magistrat à s'y réserver un plus grand pouvoir de contrôle. Il est du reste à présumer — on l'a conjecturé avec vraisemblance¹⁾ — que ce régime de *bonorum possessio* accompagnée d'une *causae cognitio* était, à l'origine, le régime normal. En d'autres termes, les premières *bonorum possessiones* auraient été décrétales. Lorsqu'il a commencé à promettre la *bonorum possessio*, le préteur devait être maître d'apprécier si l'on se trouvait ou non dans les conditions par lui prescrites. Plus tard seulement, il aurait renvoyé au juge le soin de trancher la question, ne se réservant la décision que dans les cas particulièrement délicats signalés plus haut.

5. Sentence d'arbitrage, *editio argentariorum*.

Avec la *bonorum possessio* nous sommes presque sortis du domaine de la procédure. Nous y rentrons avec les deux hypothèses suivantes:

a) Le préteur déclare, dans son Edit, qu'il forcera l'*arbiter ex compromisso* à rendre sa sentence, non pas sans doute en délivrant une action contre lui, mais en usant des moyens de coercition qui lui appartiennent en propre. Certains textes précisent qu'en dépit des termes absolus de l'Edit, le préteur pouvait, dans certaines hypothèses particulièrement favorables, l'en dispenser²⁾.

b) Parmi les édits relatifs à l'obligation d'*edere* imposée à l'*argentarius*, il en est un qui comporte la réserve d'une enquête préalable³⁾.

¹⁾ Girard, *Manuel* ⁶, p. 886, Cf. p. 808.

²⁾ D. 4, 8, 15 Ulp. l. 13 ad ed. *Licet autem praetor districte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem ejus habere debet et excusationem recipere causa cognita, ut puta si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint.....* En cas de maladie de l'arbitre ou pour tout empêchement de cet ordre, la date de reddition de la sentence peut être prorogée, après examen de l'affaire. (Ce qu'il faut évidemment entendre ici par examen du bien-fondé de l'excuse de l'arbitre et non pas examen de litige: D. 4, 8, 16 pr. Paul, l. 13 ad ed..... *sed in causa valetudinis similibusve causa cognita differre cogitur.*)

³⁾ D. 2, 13, 6, 8, Ulp. l. 4 ad ed. *Praetor ait „Argentario eive, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi jubebo.”*

B. ACTIONS (ET INTERDITS) ET EXCEPTIONS.

Supposons maintenant que le plaideur aborde le magistrat pour lui demander la délivrance d'une action au sens large (action proprement dite ou interdit) ou qu'il lui demande d'insérer dans la formule une clause en sa faveur (*exceptio* ou *praescriptio*). Il arrive que le préteur fasse dépendre sa décision, l'octroi ou le refus du moyen de droit, d'un examen de l'affaire, d'une *causae cognitio*. Passons en revue les textes qui nous les signalent.

Il y a lieu de distinguer les hypothèses en deux catégories. Dans la première, la *causae cognitio* ne concerne pas l'action elle-même, mais certaines modalités, certains éléments extrinsèques de l'action, tandis que l'autre comprendra les cas où le préteur exerce son contrôle sur le moyen de droit considéré en lui-même.

I *Causae cognitio* portant sur des éléments extrinsèques.

Les textes nous signalent, à ma connaissance, cinq conditions qui peuvent faire l'objet d'une enquête préalable du magistrat: A) la compétence, B) la capacité d'ester en justice, C) le délai pendant lequel une action peut être intentée, D) le montant de la condamnation, E) la moralité de l'action.

A) Le préteur est juge de sa propre compétence ¹⁾, et cette règle l'entraîne fatalement à procéder à une *causae cognitio* dans un certain nombre de cas particuliers, notamment dans celui des *legati* ²⁾.

B) Parlant du contrôle du préteur sur la capacité d'ester en justice je ne fais pas seulement ni principalement allusion aux règles bien connues du titre *De Postulando*. Je vise bien plutôt son intervention dans ce qu'on a appelé d'un terme barbare,

¹⁾ D. 5, 1, 5 Ulp. l. 5 ad ed. *Si quis ex aliena jurisdictione ad praetorem vocetur, debet venire, ut et Pomponius et Vindius scripserunt: praetoris est enim aestimare an sua sit jurisdictio.*

²⁾ D. 5, 1, 2, 6 Ulp. l. 3 ad ed. *Sed si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit necne, ipse praetor debet causa cognita statuere.* D. 5, 1, 28, 4 Paul, l. 17 ad Plautium, *Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur.* D. 50, 7, 6 (5) Scaevola, l. 1 regularum. *Legato tempus prodest ex quo legatus creatus est, non ex quo Romam venit. Sed si non constat, legatus sit an non, Romae praetor de hoc cognoscit.*

mais commode, la légitimation active ou passive, l'aptitude à figurer comme demandeur ou défendeur à un procès donné. Nos sources nous présentent cinq exemples de *cognitio* prétorienne destinée à la contrôler.

1. Le cas le plus important est celui de la représentation en justice. Parmi les dispositions de l'Edit concernant cette matière, cinq nous sont attestées comme comportant une *causae cognitio*, sinon dans la lettre de l'Edit, du moins dans son esprit. La première est celle par laquelle le préteur s'engage à contraindre le *cognitor* à engager le procès (*litem accipere*). Les commentaires des jurisconsultes nous apprennent que cette prescription n'était pas absolue, et que le préteur pouvait admettre certaines excuses, vérifiées par ses soins¹⁾. La seconde disposition est celle de l'Edit visant la révocation du *cognitor* ou son remplacement, dans l'hypothèse où le *cognitor* constitué est encore en vie, car s'il est mort, il ne sera pas besoin de *cognitio praetoris*²⁾. Nous trouvons ensuite l'édit par lequel le préteur contraint le représentant à défendre, obligation dont il le dispense, *causa cognita* dans certains cas³⁾. Un texte de Paul nous apprend que dans les stipulations prétoriennes et dans certains autres cas l'action née de la stipulation au profit du représentant pourra être donnée *causa cognita* au représenté⁴⁾. Enfin l'action *judicati* est donnée

¹⁾ D. 3, 3, 8, 3 Ulp. l. 8 ad ed. *Procuratorem (cognitorem) ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus judicatum solvi exposuit, praetor ait, iudicium accipere cogam. Verum ex causa non debet compelli, ut puta si inimicitiae capitales intervenerunt inter ipsum procuratorem et dominum: scribit Julianus debere in procuratorem denegari actionem, etc.....*

²⁾ *Fragm. Vatic.*, 341 (Girard, *Textes* ⁵ p. 572) *Verba edicti talia sunt: ei qui cognitorem dedit causa cognita permittam iudicium transferre. D. 3, 3, 17, pr. Ulp. l. 9 ad ed. Post litem autem contestatam reus qui procuratorem (cognitorem) dedit mutare quidem eum vel in se litem transferre a vivo procuratore (cognitore) vel in civitate manente potest, causa tamen prius cognita.*

³⁾ D. 3, 3, 33, 3 Ulp. l. 9 ad ed. *Ait praetor: Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitrato defendat: et ei quo nomine aget id ratum habere eum ad quem ea res pertinet boni viri arbitrato satisfaciet.*

⁴⁾ D. 46, 5, 5, Paul, l. 48 ad ed. *In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita*

causa cognita au maître, sauf quand le représentant est un *cognitor in rem suam* ¹⁾).

2. Une situation assez voisine est visée par le préteur dans un de ses édits sur l'*injuria*. Il s'agit de l'*injuria* commise sur un individu en puissance. Le préteur décide qu'à défaut de son défenseur naturel, la personne en puissance pourra être autorisée, *causa cognita*, à intenter elle-même l'action ²⁾).

3. Le fragment 22, 6 D. 24, 3 a pour objet de résoudre certaines difficultés auxquelles donnait lieu l'*adjectio filiae personae* aux cas de restitution d'une dot profectice. Pour l'exercice de l'action *rei uxoriae* le père était obligé de fournir l'adhésion de sa fille, mais si cette adhésion faisait défaut, fallait-il, dans tous les cas, refuser l'action au *pater familias*? Ulpien, dans le fragment cité dit qu'il appartiendra au préteur d'apprécier les motifs de la résistance de la fille, et de passer outre, si elle ne lui parut pas fondée ³⁾).

4. Pour l'exercice de l'action de *sepulchro violato*, le préteur se réserve de désigner, parmi les plaignants éventuels, s'ils sont plusieurs, celui à qui sera confiée la marche de l'instance ⁴⁾).

ex ea stipulatione actio competat, idem est et cum institor in ea causa esse coepit, ut interposita persona ejus dominus mercis rem amissuris sit, veluti bonis ejus venditis: succurrere enim domino praetor debet.

¹⁾ Fr. Vat. 331 Papinian. libro 2 responsorum. Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum judicati acto. Cf. Ibid. 217.

²⁾ D. 47, 10, 17, 10 Ulp. l. 57 ad ed. Ait praetor: Si ei, qui in alterius potestate erit, injuria facta esse dicetur et neque is, cujus in potestate est praesens erit, neque procurator quisquam existat qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui injuriam accepisse dicetur, judicium dabo.

³⁾ D. 24, 3, 22, 6 Ulp. l. 33 ad ed. Nec non illud quoque probamus, quod Labeo probat, nonnunquam patri denegandam actionem, si tam turpis patrona patris sit, ut verendum sit, ne acceptam dotum consumat: ideoque officium judicis interponendum est, quatenus et filiae et patri competenter consuletur. Sed si latitet filia, ne tali patri consentire cogatur, puto dari quidem patri actionem, sed causa cognita. Quid enim, si filia verecunde per absentiam patri contradicat? cur non dicamus patri non esse dandam actionem? quod si is pater sit, cui omnimode consentire filiam decet, hoc est vitae probatae, filia levis mulier vel admodum juvenis vel nimia circa maritum non merentem, dicendum est patri potius adquiescere praetorem oportere dareque ei actionem.

⁴⁾ D. 47, 12, 3, Ulp. l. 25 ad ed. Praetor ait: cujus dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum judicium dabo, ut ei, ad

6. L'action subsidiaire passait-elle contre l'héritier du magistrat négligent, responsable du mauvais choix du tuteur? La question était discutée. Une constitution d'Antonin le Pieux, rapportée par Pomponius, paraît bien la placer dans la compétence du magistrat qui décidera *causa cognita* s'il y a lieu ou non d'actionner l'héritier ¹⁾.

C. Il arrive assez souvent au préteur d'accorder, après enquête, une prorogation de délai permettant à des individus qui lui paraissent mériter une faveur particulière, d'user de certains droits, bien qu'ils en soient forclos par le droit commun. Les prorogations constituaient sans doute des *restitutiones in integrum*, mais il y a intérêt à les signaler ici, puisque, vues d'un autre angle, elles sont autant de cas *causae cognitio* précédant la délivrance d'une formule.

1. L'action rédhibitoire sera délivrée, *causa cognita*, après le délai de 60 jours ²⁾.

2. L'action en désaveu de paternité, ouverte au mari dans les 60 jours pourra lui être accordée après le délai, à la suite d'une *causae cognitio* ³⁾.

quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. Si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. Si plures agere volent, cujus justissima causa esse videbitur ei agendi potestatem faciam.

¹⁾ D. 27, 8, 6 Ulp. l. 1 ad ed. Quod ad heredem magistratus pertinet, extat divi Pii rescriptum *causa cognita* debere dari actionem: nam magistratus, si tanta fuit neglegentia, ut omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fidejussoris ut et heres ejus teneatur: si vero cavit et tunc idonei fuerunt et postea desierunt, sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo justius, novissime non alias ait in heredem actionem dandam quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fidejussoribus contrahunt. Cf. Ulp. *Disputationes*, 11 (Girard, *Textes* ⁵ p. 496) Suivant ce texte, l'action subsidiaire dirigée contre le magistrat lui même n'aurait lieu que *causa cognita*. On peut hésiter ici sur le point de savoir si l'octroi où le refus d'action se produit *in jure* ou *in judicio*, en d'autres termes si nous sommes ou non en présence d'une véritable *causae cognitio*. En l'absence d'arguments décisifs, je penche pour l'affirmative, moins à cause des termes employés (*actionem dare* n'a pas de valeur technique) qu'en raison de l'autorité (constitution impériale) qui tranche la question.

²⁾ D. 21, 1, 31, 23 Ulp. l. 1 ad ed. aed. cur. Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, *causa cognita* iudicium dabitur.

³⁾ D. 25, 4, 1, 9 Ulp. l. 24 ad ed. Meminisse autem oportet tempus non esse praestitutum rescripto, quamvis in senatus consultis de liberis

3. L'action *familiae erciscundae* peut être intentée plus d'une fois, *causa cognita* ¹⁾).

4. D'après l'édit Carbonien, l'instance est différée, *causa cognita*, jusqu'à l'époque de la puberté ²⁾. Dans la même hypothèse, le procès qui pouvait être élevé sur le *status* de la mère est également jugé ou différé *ex causa* ³⁾. Enfin, dans l'hypothèse voisine de l'interdit *de liberis ducendis*, la même solution est donnée ⁴⁾.

Dans l'interdit *quod vi aut clam* le prêteur fait remise de l'*annua exceptio*, à la suite d'une *causae cognitio* ⁵⁾.

D. On pourrait, à la rigueur, signaler ici certains cas, assez obscurs, dont le plus net est celui de l'*injuria atrox*, où le prêteur intervient dans la *taxatio* ⁶⁾. Je me bornerai à citer deux textes relatifs au bénéfice de compétence.

agnoscendis triginta dies praestituantur mulieri. quid ergo? semper dicemus marito licere uxorem ad praetorem evocare, an vero et ipsi triginta dies praestituimus? et putem praetorem causa cognita debere maritum et post triginta dies audire.

¹⁾ D. 10, 2, 20, 4 Ulp. l. 19 ad ed. *Familiae erciscundae judicium amplius quam semel agi non potest nisi causa cognita: quod si quaedam res indivisae relictas sunt, communi dividundo de his agi potest.*

²⁾ D. 37, 10, 1, pr. Ulp. l. 41 ad ed. *Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis causa cognita differetur.* Il s'agit ici de la deuxième *causae cognitio*. Sur la première cf. p. 15 n. 1, — Cf. D. 37, 10, 3, 5.

³⁾ D. 37, 10, 7, 3. Julian. l. 24 digestorum. *Si mater ejus, cui et de libertate et de hereditate paterna controversia fit, in quaestionem libertatis vocatur, judicium de matre non semper in tempus pubertatis differendum erit; nam et ipsi, qui subjectus esse dicitur, ex causa repraesentari solet.*

⁴⁾ D. 43, 30, 3, 4. Ulp. l. 71 ad ed. *Julianus ait quotiens id interdictum movetur de filio ducendo, vel cognitio et is de quo agitur impubes est, alias repraesentari.* — Cf. D. 3, 3, 40, .

⁵⁾ D. 43, 24, 15, 5 Ulp. l. 71 ad ed. *Sed si sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, ut puta in sepulchro vi aut clam factum est vel in abdito alio loco, sed et si sub terra fieret opus vel sub aqua vel cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo quod factum est: nam causa cognita annuam exceptionem remittendam hoc est magna et justa causa ignorantiae interveniente.*

⁶⁾ Gaius, 3, 224. *Sed cum atrocem injuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex quamvis possit vel*

1. En matière d'action *pro socio* le bénéfice de compétence était accordé par le magistrat *causa cognita*¹⁾.

2. Il est promis également, sous le réserve d'une *causae cognitio*, au fils de famille poursuivi par des créanciers héréditaires après la mort de sa *paterfamilias* s'il n'a pas hérité ou n'a hérité que pour une part minime²⁾.

E) Enfin le préteur intervient et procède à une enquête, lorsqu'il s'agit d'apprécier la moralité d'une demande d'action qui lui est soumise. Tel est l'élément, évidemment étranger au fond du droit, sur lequel porte l'investigation du magistrat dans un texte connu de Celse relatif à une stipulation matrimoniale³⁾.

Tels sont les cas où une *cognitio causae* nous est attestée comme s'exerçant avant la délivrance d'un moyen de droit et dans

minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem. Cf. encore, en matière de *receptum nautarum*, etc. *D. 4, 9, 6, 2 Paul, l. 22 ad ed. Sed si damnum ab eo datum sit ab alio, qui in eadem nave vel caupona est, cujus factum praetor aestimare solet, non putat Pomponius ejus nomine hanc actionem utilem futuram.* Cf. Lenel, *Edictum*¹ p. 200, n. 3.

¹⁾ *D. 42, 1, 22, 1. Pomponius, l. 21 ad Q. Mucium. Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit.*

²⁾ *D. 14, 5, 2 pr. Ulp. l. 29 ad ed. Ait praetor: In eum qui emancipatus aut exheredatus erit, quive abstinuit se hereditate ejus cujus in potestate cum moritur fuerit, ejus rei nomine quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate, sive jussu ejus in cujus potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium ejus cujus in potestate fuerit ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest.* Cf. 1.

³⁾ *D. 45, 1, 97, 1 Celsus, l. 26 digest. „Si tibi nupsero decem dari spondes?“ causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa ejusmodi stipulationis est, item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.* Avons nous affaire, dans ce texte, à une vraie *causae cognitio* préparée par le préteur avant le *litis contestatio*? Ici encore le doute est permis. Je penche cependant pour l'affirmative, en raison de cette assertion de Pomponius nous apprenant que le préteur exerce son contrôle en pareille matière: *D. 45, 1, 27: (26 Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti) 27 Pomponius, l. 22 ad Sab.: veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat sed et officio quoque praetoris continetur ex hujusmodi obligationibus actionem denegari.* Il y a lieu de faire remarquer à ce sujet que le droit romain ne connaît pas d'exception tirée du respect des bonnes moeurs.

lesquels le préteur ne se préoccupe que de statuer sur des conditions d'ouverture purement formelles du moyen de droit demandé. Très différentes sont les hypothèses de la seconde catégorie où la *cognitio* prétorienne porte sur le moyen de droit lui-même.

II. *Causae cognitio* portant sur le moyen de droit.

1. La formule de l'action de dol est délivrée après examen de la cause¹⁾. La *causae cognitio*, en cette matière est exprimée en ces termes par le préteur: „*si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur*”. Le magistrat subordonne donc l'octroi de l'action à deux conditions: l'absence d'autre moyen de droit et une certaine vraisemblance. De la première — le caractère subsidiaire de l'action de dol il n'y a rien à dire, sinon qu'elle devait probablement entraîner le préteur qui refusait l'action pour ce motif à indiquer au plaideur la voie qu'il aurait dû suivre. Pourtant il n'est pas sûr que cette condition fût toujours et exclusivement de la compétence du préteur. Rien n'empêche d'admettre que le défendeur pût la faire valoir, par voie de défense au cours de l'instance *in judicio*. Quant à la seconde condition, dont le caractère un peu vague se trouve précisé par les commentaires qu'en donnent les jurisconsultes au titre 3, 4 du Digeste²⁾, elle implique, à n'en pas douter, une véritable *causae cognitio* exercée par le préteur: ce dernier ne délivrera la formule que si, à un premier et rapide examen, l'affaire lui paraît sérieuse.

2. L'affranchi ne peut procéder à une *in jus vocatio* contre son patron, le parent contre son parent, qu'en vertu d'une autorisation du préteur. Il serait exagéré de voir dans cette autorisation, bien qu'elle soit accompagnée d'une enquête, une *causae cognitio* au sens technique. Au contraire il y a lieu à une véritable *causae cognitio*, admise par la jurisprudence quoique les termes de l'Edit n'en fassent pas mention si l'affranchi ayant négligé de solliciter l'autorisation, on veut intenter contre lui l'action

¹⁾ D. 4, 3, 1, 1 Ulp. l. 11 ad ed. *Verba autem edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, iudicium dabo.*

²⁾ Ulpien, au l. 11 de son commentaire sur l'Edit (Lenel, *Palingénésie* nos 383, ss.) Paul, au l. 11 de son commentaire sur l'Edit (Lenel nos 203 ss.)

pénale qu'il encourt dans cette hypothèse. Dans certains cas particulièrement favorables (si l'affranchi manifeste un regret sincère et se désiste de son action, si le patron cité ne s'est pas rendu au *jus*, etc.) le préteur se refusera à délivrer la formule ¹⁾. De même, dans une hypothèse voisine, le préteur pourra, dans certaines conditions, faire remise de la *poena* à l'individu appelé *in jus*, qui ne s'y est pas rendu ²⁾.

3. L'héritier *ab intestat* qui a bénéficié d'un legs en vertu d'un testament irrégulier est-il autorisé à intenter la pétition d'hérédité? La question était controversée entre les jurisconsultes. Ils sont cependant d'accord pour ouvrir la pétition d'hérédité à l'héritier à condition qu'il restitue le legs. Mais un rescrit d'Antonin le Pieux conservé par Paul, est moins affirmatif. Il fait dépendre la délivrance de la formule d'une enquête préalable, ayant pour but de réprimer la *calumnia* ³⁾.

4. Une situation voisine est celle des individus qui, à la fois héritiers testamentaires et héritiers *ab intestat*, font adition d'hérédité *ab intestat* pour se dérober aux charges testamentaires. Le préteur voulant déjouer cette fraude, autorise les légataires à

¹⁾ D. 2, 4, 11 Paul, l. 4 ad ed. *Quamvis non adjiciat praetor causa cognita se poenale judicium daturum, tamen Labeo ait moderandam jurisdictionem: veluti si paeniteat libertum et actionem remittat, vel si patronus vocatus non venerit aut si non invitatus vocatus sit, licet edicti verba non patiantur.*

²⁾ D. 2, 5, 2, 1, Paul, l. 1 ad ed. *Si quis in jus vocatus non ierit, ex causa a competente judice multa pro jurisdictione judicis damnabitur: rusticitati enim hominis parcendum erit: item si nihil intersit actoris eo tempore in jus adversarium venisse, remittit praetor poenam, puta quia feriatus dies fuit, — Il y a lieu d'observer que dans cette hypothèse et dans la précédente, nous sommes en présence d'action *in factum* (Gaius, IV, 46).*

³⁾ D. 5, 3, 43. Paul, l. 2 ad Plautium. *Postquam legatum a te accepi hereditatem peto. Atilicinus quibusdam placuisse ait non aliter mihi adversus te dandam actionem quam si legatum redderem, videamus tamen, ne non aliter petitor hereditatis legatum restituere debeat, quam ut ei caveatur, si contra eum de hereditate judicatum fuerit, reddi ei legatum: cum sit iniquum eo causa possessorem hereditatis legatum, quod solverit, retinere, et maxime si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit adversarius: idque et Laelius probat; imperator autem Antoninus rescripsit ei qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem legandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit.* Le rescrit d'Antonin le Pieux est cité par Paul au Digeste 34, 9, 5, 1.

poursuivre le recouvrement de leurs legs. Mais cette action ne leur est délivrée que *causa cognita*; l'héritier est à l'abri si le magistrat estime, après enquête, qu'il n'a pas contrevenu aux volontés du *de cuius*¹⁾.

5. L'édit sur la répression de l'*injuria* donne une action sans examen dans le cas normal *in eum qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo injussu domini quaestionem habuisse dicetur*²⁾. Mais il poursuit en donnant, *causa cognita* cette fois, la même action *si quid aliud factum esse dicetur*, ces termes vagues indiquant l'extension du moyen de droit à des situations analogues qui sont précisées par les commentateurs³⁾.

6. L'action réelle promise par le préteur au superficiaire n'est délivrée que *causa cognita*⁴⁾.

7. L'interdit fraudatoire était accordé automatiquement, semble-t-il, si le tiers était complice. En dehors du cas de complicité sa délivrance était précédée d'une *causae cognita*⁵⁾.

¹⁾ D. 29, 4, 6, 3 Ulp. l. 50 ad ed. *Non simpliciter autem praetor pollicitus est se daturum actionem, sed causa cognita: nam sive invenerit testatorem hujus rei auctorem esse ipsumque permisisse ab intestato succedere aut si qua alia justa causa omittendi intervenerit, utique non dabit actionem in eum legatorum.*

²⁾ D. 47, 10, 15, 34 Ulp. l. 77 ad ed. *Praetor ait: qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo injussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum judicium dabo, item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita judicium dabo.* En cette même matière de l'*injuria*, le préteur exerce un contrôle sur les termes dans lesquels la formule d'action lui est demandée. Le demandeur doit articuler un fait précis: *Coll, II, 6, 3, Paul, l. singulari (de injuriis) sub titulo quemadmodum injuriarum agatur: certum autem an incertum dicat, [cognitio ipsius praetoris est.* On ne saurait voir là une *cognitio causae*.

³⁾ Ulpien. *ibid.* 43 et 44.

⁴⁾ D. 43, 18, 1, pr. Ulp. l. 70 ad ed. *Ait praetor: Uti ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur nec vi nec clam nec precario alter ab alterio fruimini vim fieri veto, si qua alia actio de superficiei postulabitur, causa cognita dabo.* Cf. D. 6, 1, 75. Ulp. l. 16 ad ed. (*Superficiario*) *praetor causa cognita in rem actionem pollicetur.*

⁵⁾ D. 42, 8, 10, pr. Ulp. l. 73 ad ed. *Ait praetor: quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esse oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, de qua agitur, experiundi potestas est, restituas; interdum causa cognita, et si scientia non sit, in factum actionem permittam.*

8. L'action *quod metus causa* donnée, sans contrôle préalable, au quadruple pendant un an, pouvait être intentée encore après, mais seulement au simple, si le préteur l'autorisait¹⁾.

9. D'après le fragment 57 Digeste 17, 1, l'*exceptio iusti domini* était insérée *causa cognita*²⁾. S'agit-il ici d'une *causae cognitio* au sens technique de l'expression? La question est délicate. Si l'on s'en tenait au commentaire qu'en donnent les Basiliques³⁾, il faudrait, semble-t-il, pencher pour la négative, car il y est dit que le défendeur peut à la vérité se servir de l'exception, mais qu'elle est inefficace entre ses mains puisqu'elle est donnée *causa cognita*. Ce raisonnement n'est pas compatible avec une *causae cognitio* technique, car la *causae cognitio* oeuvre du magistrat, a pour effet d'accorder ou de refuser l'insertion de l'exception dans la formule et ne saurait comporter une troisième solution. Il y a donc lieu de penser que le jurisconsulte byzantin, très loin du mécanisme de la *causae cognitio* classique, n'a pas compris cette institution et qu'il faut au contraire donner aux mots *causa cognita*, dans le texte de Papinien leur sens plein. C'est donc le préteur qui apprécie la valeur des prétentions du *verus dominus* et qui s'opposera à ce qu'il fasse valoir ses droits à l'encontre du propriétaire bonitaire.

10. Le préteur vient au secours de l'affranchi dont l'affran-

¹⁾ D. 4, 2, 14, 1 Ulp. l. 11 ad ed. Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur..... post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.

²⁾ D. 17, 1, 57, Papinien, l. 10 respons. Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit, quoniam tamen heredes ejus errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit, sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter acturum, cum exceptio iusti domini causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.

³⁾ Basiliques, 14, 1, 57 (Heimbach II, 137). Ἀλλὰ τὴν μὲν διορθέεσθαι ἐν ῥῆν ὁ σωματέμπορος κινεῖν οὐ δύναται τῶν ἀνδραπόδων οἰσιν καπιτεν θέντων ἔσιν δε αἰτῶ οὐκ ἀχρηστος ἢ Πονβλικιανή. εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ ὁ ἐναγομενος δύναται κέρησθαι παραγραφῇ, λέγων, ἀλλ' εἰ μὴ ἔννομος γέγονα δεσπότης τῷ τρόπῳ τῆς οἰσιν καπιτωνος, ἀλλ' οἷν ἀνίσχυρος ἢ τοιαύτη γίνεται παραγραφῇ. Οἰδὲ γὰρ, ὥς ἔτυχεν ὁ τόμος ταύτην ἀντιτίθεσθαι συγχῶρει, ἀλλὰ καῖσα κογνιτα, τοιτέστιν εὐλόγου αἰτίας ὑποκειμένης.

chissement est obéré de trop lourdes charges, en paralysant entre les mains du patron au moyen d'une exception le *judicium operarum* par lequel ce dernier devrait réclamer les services qui lui sont dus. Telle est la solution donnée au cas où les charges ont été la condition de l'affranchissement. Mais, si elles sont intervenues après coup, faut-il refuser encore à la promesse de l'affranchi toute valeur obligatoire? Ulpien, au Digeste donne au prêteur la faculté d'apprécier la liberté du consentement de l'affranchi et, suivant le résultat de son examen, d'accorder ou de refuser l'exception ¹⁾.

11. L'interdit „*Ne quid in flumine publico*” pouvait-il recevoir l'exception „*quod ejus ripae muniendae causa non fiet*”? La question était controversée. Certains jurisconsultes la repoussaient complètement, mais la pratique judiciaire au temps d'Ulpien était fixée en ce sens que le magistrat était libre d'apprécier *ex causa* s'il devait ou non l'insérer ²⁾.

12. La loi 61. 1. au Digeste, 44, 7 nous fournit un exemple intéressant et assez particulier de *causae cognitio* ³⁾. Il s'agit de

¹⁾ D. 44, 5, 1, 6 Ulp. l. 76 ad ed. *In summa si in continenti impositum quid sit liberto, quod etiam quibusdam oneret ejus libertatem, dicendum est exceptioni locum facere, sed si post intervallum habet quidem dubitationem, quia nemo eum cogebat hoc promittere; sed si idem erit probandum et hic, tamen causa cognita, si liquido appareat libertum metu solo vel nimia patrono reverentia ita se subjecisse ut vel poenali quadam stipulatione se subjiceret.*

²⁾ D. 43, 13, 1, 6 Ulp. l. 68 ad ed. *Sunt qui putent excipiendum hoc interdicto „quod ejus ripae muniendae causa non fiet” scilicet ut, si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit, sed nec hoc quibusdam placet: neque enim ripae cum incommodo accolentium munienda sunt, hoc tamen jure utimur ut praetor ex causa aestimet an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim utilitas suadet exceptionem istam dari.*

³⁾ D. 44, 7, 61, 1 Scaevola, l. 28 digest. *Seia, cum salarium constituere vellet, ita epistulam emisit: Lucio Titio salutem. Si in eodem animo et eadem affectione circa me es, quo semper fuisti: ex continenti acceptis litteris meis distracta re tua veni hoc: tibi quamdiu vivam prestabo annuos decem. Scio enim quia valde me bene ames. Quaero cum et rem suam distraxerit Lucius Titius et ad eam projectus sit et ex eo cum ea sit, an ei ex his epistulis salarium annum debeatur; respondit ex personis causisque eum cujus notio sit aestimaturum, an actio danda sit.*

savoir si, une promesse de somme d'argent ayant été faite par lettre et sans stipulation, l'individu qui s'est conformé aux conditions posées par le promettant aura une action pour réclamer la somme promise. Le jurisconsulte (Scaevola) n'ose pas l'affirmer. Il ne dit pas non plus le contraire : il renvoie la solution au magistrat saisi en lui disant de refuser ou d'accorder l'action en s'inspirant des circonstances de fait et des personnes en cause (*ex personis causisque*). C'est là évidemment une manière peu juridique de résoudre la question. Elle marque l'embarras de Scaevola. Il n'ose pas accorder une valeur obligatoire à une simple lettre, mais d'autre part ne peut se résoudre à refuser tout secours au demandeur. Il se tire de difficulté en préconisant une *causae cognitio* qui, si les résultats en sont favorables, permettra une extension anormale de l'*actio certae creditae pecuniae*. — Ce dernier exemple de *causae cognitio* est cependant douteux en raison de l'ambiguïté des mots *is cuius noto est*. Il est permis de penser, avec Paul Krueger¹⁾, qu'ils visent le juge, et non pas le magistrat.

IIÈME SECTION. — THÉORIE DE LA CAUSAE COGNITIO.

§ I. Sources.

De l'inventaire que nous venons de dresser se dégage une première constatation importante : la *causae cognitio* est une institution prétorienne qui a sa principale source dans l'Edit. C'est dans l'Edit que figure la *causae cognitio* qui existe en matière de *restitutio in integrum*²⁾, de *bonorum possessiones* dites décrétales, d'*editio argentariorum*³⁾. C'est encore dans l'Edit que figure, sous une forme ou sous une autre, la mention du contrôle prétorien dans les hypothèses suivantes : action de dol⁴⁾, action en délivrance des legs contre l'héritier *ab intestat*⁵⁾, action *injuriarum* contre celui qui a maltraité l'esclave d'autrui dans

¹⁾ P. Krueger, *Histoire des Sources*, p. 150, n. 1.

²⁾ Cela résulte des termes de Modestin cités plus hauts, p. 7 : *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur*.

³⁾ Edit perpétuel, Titre III, 9 (Girard, *Textes*,⁵ p. 140; Lenel, *Edictum*², p. 63).

⁴⁾ Edit perpétuel, T, X, 40 (Girard, *Textes*⁵, p. 144, Lenel, *Edictum*² p. 111).

⁵⁾ Edit, T, XXVI, 168 (Girard, p. 15; Lenel, p. 351).

certaines hypothèses¹⁾, action réelle accordée au superficiaire²⁾, interdit fraudatoire, si le tiers n'est pas complice³⁾, action *quod metus causa* intentée après un an⁴⁾. C'est également dans l'Album que figurent les réserves apportées par le préteur quant au bénéfice de compétence à accorder à l'associé⁵⁾ et au fils de famille⁶⁾ et quant aux règles concernant la légitimation active en matière de représentation en justice⁷⁾, d'action *injuriarum* exercée par un *alieni juris*⁸⁾, d'exercice de l'action populaire *de sepulchro violato*⁹⁾. Je compterai encore parmi les *causae cognitiones* édictales — encore que la clause n'ait pas matériellement figuré sur l'Edit la *causae cognitio* relative à l'arbitre qui ne rend pas sa sentence et celle relative à l'affranchi qui a cité son patron sans la permission du magistrat. Les jurisconsultes qui nous attestent ici le contrôle préalable du préteur prennent soin de nous faire observer que les termes de l'Edit n'en font pas mention. Il est bien difficile de dire si la nécessité de procéder à une *causae cognitio* dans ces deux hypothèses a été suggérée au préteur par les Prudents, ou si ceux-ci ne font que constater au contraire la coutume du tribunal prétorien. En tout cas leur façon de s'exprimer décèle le lien étroit que les jurisconsultes établissent entre la *causae cognitio* et l'Edit prétorien, dans ces hypothèses même où la *cognitio* ne figure pas matériellement sur l'Album¹⁰⁾.

2. La liste des *causae cognitiones* n'est pas épuisée par l'énumération qui précède. Il en reste un petit nombre que l'on peut appeler extra-édictales en ce sens qu'elles ne figurent pas sur

¹⁾ Edit, T, XXXV, 194 (Girard, p. 159; Lenel, p. 387).

²⁾ Edit, T, XLIII, 249 (Girard, p. 165; Lenel, p. 459).

³⁾ Edit, T, XLIII, 268 (Girard, p. 168; Lenel, p. 475).

⁴⁾ Edit, T, X, 39 (Girard, p. 144; Lenel, p. 109).

⁵⁾ Edit, T, XIX, 109 (Girard, p. 152; Lenel, p. 288).

⁶⁾ Edit, T, XVIII, 104 (Girard, p. 151; Lenel, p. 269).

⁷⁾ Edit, T, VIII, 38 (Girard, p. 143; Lenel, p. 97); 28 (Girard, p. 143; Lenel, p. 93).

⁸⁾ Edit, T, XXV, 194 (Girard, p. 159; Lenel, p. 387).

⁹⁾ Edit, T, XVI, 93 (Girard, p. 150; Lenel, p. 222).

¹⁰⁾ Pour l'arbitre, D. 4, 8, 15. *LICET autem praetor districte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum ATTAMEN interdum rationem ejus habere debet et excusationem recipere causa cognita*. Pour l'*in jus vocatio*: D. 2, 4, 11 *QUAMVIS non adjiciat praetor causa cognita se poenale iudicium daturum, TAMEN Labeo ait moderandam jurisdictionem*.

l'Edit et qu'elles n'en ont pas été tirées par interprétation. Certaines d'entre elles ont été créées par une constitution impériale, telle celle qui existe en matière d'action subsidiaire¹⁾, celle concernant la *calumnia* en matière de stipulation prétorienne²⁾ ou de pétition d'hérédité exercée par un héritier légataire³⁾, enfin la *causae cognitio* qui se pratique en matière d'édit Carbonien⁴⁾. D'autres *causae cognitiones* paraissent avoir été préconisées par la doctrine. Telles sont la plupart de celles qui accompagnent les stipulations prétoriennes et les *missiones in possessionem*⁵⁾. Tel est aussi le cas, semble-t-il, pour l'enquête prétorienne concernant l'exercice de l'*actio rei uxoriae*⁶⁾ et l'action contre celui qui *in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit*⁷⁾. Enfin il est un certain nombre de *causae cognitiones* auxquelles on ne peut assigner de source bien précise : ce sont celles qui concernent la compétence et la moralité⁸⁾. En l'absence du texte complet de l'Edit, nous ne pouvons pas affirmer que le préteur, en les pratiquant, ne se référait pas à

¹⁾ D. 27, 8, 6. v. *supra*, p. 21, n. 1.

²⁾ D. 36, 4, 3, pr., v. *supra* p. 10.

³⁾ D. 34, 9, 5, 1 Paul, l. 1 de juri fisci. *Ille qui non jure factum contendit nec optinuit, non repellitur ab eo quod meruit: ergo qui legatum secutus postea falsum dixit, amittere debet quod consecutus est, de eo vero qui legatum accipit, si neget jure factum esse testamentum, divus Pius ita rescripsit: „Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen, si is ejus condicionis fuerit visus, ut optinere hereditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso jure poterunt prohibendi autem sint an non, ex cujusque persona condicione aetate cognita causa a judice constituendum erit,” Cf. D. 5, 3, 43, v. *supra*, p. 25, n. 3.*

⁴⁾ D. 37, 10, 3, 1 et 2 Ulp. l. 41 ad ed. *Et cum de fideicommissis vel de legatis quaeritur differri potest causa in tempus pubertatis: id enim divus Pius Claudio Hadriano rescripsit. Quamvis scripto heredi non promitti bonorum possessionem ex edicto Carboniano certum sit, tamen quaestionem status in tempus pubertatis differri procul dubio est, ergo si quidem de parentis bonis simul et de statu controversia fiat, hoc edictum locum habebit: sin vero tantum status, differetur quaestio in tempus pubertatis, sed non ex Carboniano, sed ex constitutionibus.*

⁵⁾ Cf. *supra*, p. 13, nn. 2 et 3; p. 14, nn. 3 à 4; p. 15, nn. 1 à 4.

⁶⁾ D. 24, 3, 22, 6, v. *supra* p. 20, n. 3.

⁷⁾ D. 2, 5, 2, 1, v. *supra*, p. 25, n. 2.

⁸⁾ D. 5, 1, 2, 6, v. *supra* p. 18, n. 2; D. 45, 1, 97, 2 v. *supra* p. 23, n. 3.

une clause générale autorisant son intervention. Au reste il ne faut pas, à mon sens, attacher trop d'importance à la source matérielle de ces *causae cognitiones* extra-édictionnelles. Qu'elles soient préconisées par un empereur ou par un jurisconsulte, qu'elles soient jurisprudentielles ou coutumières, elles présentent toutes ce caractère commun de se référer à l'activité normale du préteur agissant dans les limites de ses pouvoirs. Les règles ordinaires fixant les attributions juridictionnelles de ce magistrat, l'habilitaient à intervenir en toutes ces matières de sorte que l'on peut dire sans exagération qu'elles ne sont extra-édictionnelles qu'en apparence. Si elles ne sont pas inscrites dans l'Edit, elles y sont implicitement contenues.

3. C'est encore en vertu de ses attributions normales, mais d'attributions d'un tout autre ordre, c'est en vertu de son pouvoir quasi-législatif que le préteur procède à une enquête chaque fois qu'on lui réclame, non pas un moyen de droit normal, figurant sur l'Album, mais une action nouvelle, qu'il devra créer. C'est le cas signalé par le texte de Pomponius, inséré au Digeste 29, 2, 99¹⁾. C'est également le cas des *exceptiones causa cognita accomodatae* dont parle Gaius IV, 118²⁾. La *causae cognitio*

¹⁾ D. 29, 2, 99 Pomponius, l. 1 *senatusconsultorum*. *Aristo in decretis Frontianis ita refert. Cum duae filiae pater necessariae heredes exstiterent, altera se paterna abstinuerat hereditate, altera bona paterna vindicare totumque onus suscipere parata erat, sanctum (Cujas corrige Gaium) Cassium praetorem causa cognita actiones hereditarias utiles daturum recte pollicitum ei, quae ad hereditatem patris accesserat denegaturumque ei quae se abstinuerat.*

²⁾ Gaius IV, 118 *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accomodat. Quae omnes vel ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione praetoris proditae sunt.* D'après ce texte Gaius divise les exceptions en deux grandes catégories: celles qui figurent dans l'Edit et celles qu'il fait insérer sur la demande d'un plaideur. On peut voir, me semble t'il, un exemple d'exception de ce genre dans le mot *injuria* que l'adversaire de Cicéron essaye, vainement du reste, de faire insérer dans la formule d'action, d'après le *Pro Tullio*. Quant à la première catégorie d'exceptions, celles qui figurent sur l'Album, elles peuvent comprendre deux variétés, — comme les actions elles-mêmes: celles qui sont données sans restriction et celles qui sont données *causa cognita*, comme l'exception *justi dominii* et les deux autres exceptions signalées plus haut, p. 28.

qui accompagne la création de moyens de droit prétoriens mérite à peine ce nom. Il est plus légitime de la rapprocher de l'hypothèse du fragment de Scaevola cité plus haut¹⁾, où le préteur joue plutôt le rôle d'un consultant autorisé que son rôle juridictionnel normal, et où son intervention fait aboutir à la création d'une action nouvelle ou à l'altération, par voie de fiction, de l'action normale.

Laissons de côté cette troisième catégorie d'hypothèses qui ne répond pas à notre définition de la *causae cognitio* et examinons la *causae cognitio* exercée par le préteur lorsqu'un justiciable lui demande la délivrance d'un moyen de droit existant. Cette *causae cognitio* ne pourra avoir lieu que dans deux cas très nettement déterminés : 1° si le préteur dans son Édit s'en est expressément réservé la faculté, 2° si elle entre dans le cadre très limité des attributions juridictionnelles du préteur telle que j'ai tenté de les définir plus haut. Cela revient à dire que si l'on n'est pas dans une hypothèse où la compétence des parties ou la moralité de la demande sont en jeu, le préteur ne pourra exercer un contrôle sur la demande du plaideur que si la *causae cognitio* figure sur l'édit. En d'autres termes le magistrat est strictement obligé de délivrer automatiquement la formule ou plus largement le moyen de droit qui lui est régulièrement demandé par un plaideur, ou, si l'on aime mieux, la *denegatio actionis* faite arbitrairement par le magistrat, n'existe pas sous la procédure formulaire. J'ai essayé ailleurs²⁾ de démontrer complètement cette thèse en prouvant que la plupart des prétendus cas de *denegatio actionis* visent en réalité non pas le refus d'action *in jure*, mais l'échec de la demande *in judicio*, et que parmi ceux qui restent, beaucoup se réfèrent à une *causae cognitio* explicitement réservée, les autres à l'exercice normal de l'activité juridictionnelle du préteur. En même temps j'ai cherché à justifier cette apparente passivité du magistrat. Ce qu'il importe de souligner ici, c'est l'importance qui est de ce fait ajoutée à la *causae cognitio* puisque, suivant qu'elle se trouve ou non exprimée, le préteur garde ou perd la maîtrise sur le moyen de droit qu'il a créé³⁾.

¹⁾ Cf. *supra*, p. 28, n. 3.

²⁾ Dans le travail signalé *supra*, p. 4, n. 1.

³⁾ Cette connexion intime entre la *denegatio actionis* et la *causae cognitio*

§ II. *Formes.*

Cette rubrique promet plus qu'elle ne donnera, car les renseignements que nous possédons sur la façon dont se pratiquait la *causae cognitio* sont des plus restreints. Nous connaissons pourtant quelques de ses conditions de forme essentielles. La première est la présence réelle du préteur. Lui seul peut y procéder à Rome. Il y procède en personne¹⁾, sans pouvoir déléguer son pouvoir²⁾, sans pouvoir le faire par écrit³⁾. Quant au lieu, la *causae cognitio* se fera toujours *pro tribunali*⁴⁾, c'est-à-dire, à l'époque classique, à l'endroit fixé du Forum où ce tribunal avait été établi : les textes précisent qu'elle ne pourra se faire *de plano*. Quant au temps, la *causae cognitio* étant un acte de juridiction, on devra se conformer aux règles bien connues du calendrier judiciaire. La présence de l'adversaire est également requise. La *causae cognitio* obéit sous ce rapport aux règles de

a été bien aperçue par Wlassak, in Pauly-Wissowa, IV, c. 208 *in fine* : „Zudem ist die dem Praetor im Formularverfahren fraglos zustehende denegatio actionis nur begreiflich, wenn Verhandlung und cognitio, sei es in engen Grenzen, bald über die Voraussetzungen des Prozesses, bald über die Sache selbst statthaft war." L'existence (supposée) du *jus denegationis* oblige M. Wlassak à penser que la *causae cognitio* se trouve partout, en d'autres termes, qu'elle n'a pas de valeur technique. Mais, si l'on admet, avec nous, que le *jus denegationis* n'existe pas, la *causae cognitio* reprend sa véritable figure d'institution procédurale, — et toute son importance.

¹⁾ D. 50, 17, 105 Paul, l. 1 ad ed. *Ubicumque causae cognitio fit, ibi praetor desideratur.*

²⁾ Argument tiré du fragment cité n. 1, extrait du livre I de Paul, traitant de la juridiction municipale.

³⁾ D. 1, 16, 9, 1 Ulp. l. 1 de off. proconsulis. *Ubi decretum necessarium est, per libellum id expediri proconsul non poterit: omnia enim quaecumque causae cognitionem desiderant, per libellum non possunt expediri.*

⁴⁾ D. 37, 1, 3, 8 Ulp. l. 39 ad ed. *Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur quam pro tribunali, quia neque decretum de plano interponi neque causa cognita bonorum possessio alibi quam pro tribunali dari potest.* Cf. D. 38, 15, 2, 1 Ulp. l. 49 ad ed. *Dies bonorum possessionis utiles esse palam est: sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit: quod si ea quae causae cognitionem pro tribunali desiderat vel quae decretum exposcit, sessiones erunt nobis computandae quibus sedit is, quibusque per ipsum praetorem factum non est, quominus daret bonorum possessionem.*

l'*ordo judiciorum privatorum* dont le caractère contractuel est si prononcé qu'il exclut, comme on sait, jusqu'à la possibilité d'un défaut *in jure*. La *causae cognitio*, qui est une instance *in jure* n'est donc pas concevable en l'absence d'une partie, et un texte du Digeste en tire une conséquence curieuse : si l'engagement d'un mineur a été garanti par un fidéjusseur et qu'il ait subi un préjudice, ce mineur pourra se retourner suivant les cas contre son créancier ou contre son fidéjusseur : la *causae cognitio* prétorienne aura pour objet de désintéresser le mineur en lui accordant la *restitutio in integrum*, mais le mineur devra prendre la précaution de les assigner toutes deux devant le prêteur car la *causae cognitio* n'a lieu que *praesentibus adversariis*¹⁾. La *causae cognitio* prenait fin par un décret du magistrat qui accordait ou refusait le moyen de droit réclamé²⁾.

Telles sont les seules informations certaines que nous fournissent nos sources sur le fonctionnement concret de notre institution. Pour le reste nous en sommes réduits à des conjectures. On est porté à croire que dans l'ensemble la *causae cognitio* devait ressembler à toute instance *in jure* et obéir aux mêmes règles, notamment en ce qui concerne la comparution en justice³⁾ et

¹⁾ D. 4, 4, 13, pr. Ulp. l. 11 ad ed. *In causae cognitione versabitur utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, utputa fidejussoribus, itaque si cum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est aequum fidejussori in necem subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio: in summa perpendendum erit praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fidejussori: nam minor captus neutri tenebitur, facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur, unde tractari potest, minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem an adversus fidejussorem implorare debeat, et puto tutius adversus utrumque, causa enim cognita et praesentibus adversariis vel si per contumaciam desint in integrum restitutiones perpendendae sunt.* Les mots *vel si per contumaciam desint* auraient été ajoutés par les compilateurs. On sait en effet que le mot comme la chose appartiennent à la procédure extraordinaire.

²⁾ Cf. le texte d'Ulpien cité *supra*, p. 34, n. 3 — Sic, Wlassak, in Pauly-Wissowa, IV, c. 211.

³⁾ D'après M. Boyé, *La Denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, 1922, p. 245, s., il semble qu'il ait pu y avoir, dans nos hypothèses uncitation officielle ou semi-officielle analogue à celle de la *cognitio extra ordinem*.

la représentation judiciaire. Seulement le trait distinctif de la *causae cognitio*, qui place la décision *in jure*, entraînait nécessairement l'administration des preuves devant la magistrat. Pour statuer, ce dernier avait besoin de voir sa religion éclairée par des débats qui pouvaient avoir une certaine ampleur¹⁾. Les parties se présentant devant lui étaient sans doute munies de leurs moyens de défense et d'attaque : témoins, *instrumenta*, preuves de tout ordre. Peut-être faisaient elles appel à des avocats pour présenter leurs arguments. Dans les cas où la *causae cognitio* était motivée par le souci de réprimer la *calumniæ*, toutes ces formalités devaient être remplacées par le *jusjurandum calumniae*.

§ III. *Objet.*

Pénétrons plus avant dans le mécanisme de la *causae cognitio* et demandons-nous sur quels éléments portait l'enquête du préteur. Nulle part cet objet ne nous est exposé dans son ensemble, mais des textes assez nombreux nous permettent de nous en faire une idée suffisamment précise.

A lire certains d'entre eux, il semble que les Romains aient ébauché une théorie de l'objet dans la *causae cognitio*. A plusieurs reprises, commentant notre institution, les jurisconsultes nous disent que l'enquête devra porter sur la *persona*, le *modus* et la *causa*. Ces trois termes reviennent dans la *causae cognitio* accompagnant la *satisfactio rem pupilli salvam fore*²⁾, et les explications des commentateurs sur l'édit promettant l'*actio doli*³⁾.

¹⁾ Un texte nous parle à cet égard de la délibération du préteur comme prenant un certain temps : D. 39, 2, 15, 28, Ulp. l. 53 ad ed. *Eleganter quaeritur, si, dum praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit.*

²⁾ D. 26, 4, 5, 1 Ulp. l. 35 ad ed. *Sed etiam hos (sc. legitimos tutores) cogi satisfacere certum est, in tantum ut etiam patronum et patroni filium ceterosque liberos ejus cogi rem salvam fore satisfacere plerisque videatur, sed hoc causa cognita praetorem statuere debere melius est, utrum debeat satisfacere patronus liberique ejus an non, ut, si persona honesta sit, remittatur ei satisfactio et maxime, si substantia modica sit : si autem patroni persona vulgaris vel minus honesta sit, ibi dicendum est satisfactionem locum habere, ut aut modus tutelae aut persona aut causa admittat satisfactionem.*

³⁾ D. 4, 3, 9, 3; 10 et suiv.

On la retrouve aussi dans une constitution de Marc Aurèle relative à la *causae cognitio* qui doit précéder la transaction lorsqu'il s'agit de créances alimentaires¹⁾. Il y a lieu de penser que nous sommes ici en présence d'une de ces formules passe-partout que la science du droit avait empruntée à la rhétorique et qui fournissaient un cadre commode sinon toujours adéquat, pour l'analyse des institutions. On remarquera aussi qu'il s'agit d'une formule tripartite et que la jurisprudence romaine en a toujours été friande²⁾. Celle-ci s'applique assez bien à notre matière : la *persona* sera la personnalité d'un plaideur, parfois celle du défendeur, parfois, comme en matière de *calumnia*, celle du demandeur. Le *modus* est l'importance du procès ; ainsi pour l'action de dol le préteur ne l'autorisera que si le litige dépasse deux mille sesterces (2 *aurei*). Quant au mot *causa* il est difficile de lui donner un sens précis distinct des deux autres ; il ne peut guère signifier autre chose que le caractère général de l'affaire.

Cette analyse de la *causae cognitio* ne paraît pas avoir été généralement admise, car nous ne la trouvons pas en dehors des textes où je l'ai signalée. Mais un certain nombre d'autres nous font savoir sur quels éléments portait la *cognitio*. Ainsi, en ce qui concerne les *restitutiones in integrum*, l'objet de l'examen du préteur nous est défini par Modestin en ces termes : „*Omnes in integrum restitutiones causae cognita a praetore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.*” Que faut-il entendre par „*justitiam causarum examinare*” ? La chose est expliquée par la proposition qui suit dans le texte : le préteur recherche si le requérant se trouve exactement dans la situation visée par l'Edit. Le magistrat ne conteste pas le bien-fondé ni même la régularité formelle de l'acte dont on lui demande l'annulation. L'examen du préteur ne porte pas sur le fond du litige, ni même, peut-on

¹⁾ D. 2, 15, 8, 17, Ulp. l. 5 de omnibus tribunalibus. Si praetor adituscitra causae cognitionem transigi permiserit, transactio nullius erit momenti : praetor enim ea res quaerenda commissa est, non neglegenda nec donanda, sed et si non de omnibus inquisierit, quae oratio mandat, hoc est de causa de modo de personis transigentium, dicendum est, quamvis de quibusdam quaesierit, transactionem esse irritam.

²⁾ Je me borne à rappeler ici l'ouvrage de M. Goudy : *Trichotomy in Roman law*. Oxford, 1910.

dire, sur sa forme. Son objet exclusif sera de déterminer si le demandeur satisfait aux conditions, précisées par l'Edit, auxquelles est subordonné l'octroi de cette voie de recours¹⁾. Lorsque la *causae cognitio* est employée en matière de stipulation prétorienne, elle a généralement pour objet d'épargner à certaines personnes, en raison de leur situation ou de leurs relations avec l'adversaire la mesure de défiance qui constitue la stipulation prétorienne : elle porte alors sur la personne du promettant éventuel²⁾. Si au contraire elle a été instituée *calumniae causa* — et l'observation s'applique à tous les cas de *calumnia* —, elle porte encore sur la personne, mais sur celle du demandeur³⁾. En ce

¹⁾ Pour la *restitutio in integrum* des mineurs, l'objet de l'enquête du préteur se trouve précisé par un texte d'Ulpien *D. 4, 4, 44 Ulp. l. 5 opinionum. Non omnia quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum quae causa cognita ejusmodi deprehensa sunt (ut) vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt aut quod adquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt*. L'examen de l'âge du mineur qui sollicite la *restitutio in integrum* entre aussi dans la *cognitio* du préteur. C'est ce qui paraît ressortir du texte suivant : *D. 4, 4, 43 Marcellus, l. 1 de officio praesidis. De aetate ejus qui se majorem annis viginti quinque dicit, causa cognita probandum est, quia per eam probationem in integrum restitutioni ejusdem adulescentis et aliis causis praejudicatur*.

²⁾ *D. 35, 3, 4, pr.* ; 26, 4, 5, 1 (cités *supra* pp. 11 et 12) ; 42. 5. 31, *pr.* (cité p. 14 n. 3) ; 2, 8, 7, 1 (p. 14 n. 4).

³⁾ Pour les stipulations prétoriennes en général, *D. 46, 5, 1, 9* ; 36, 4, 3, *pr.* (cité p. 10). Pour la situation du légataire héritier *ab intestat*, *D. 5, 3, 43* (cité p. 31, n. 3). Pour la *bonorum possessio* en vertu de l'édit Carbonien, *D. 37, 10, 3, 4 Ulp. l. 41 ad ed. : Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio ; summam ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere : et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam : si vero ambiguam causam, hoc est vel modicum pro puero facientum, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem*. Ce texte est soupçonné d'interpolation, à mon avis sans raison décisive, par M. Biondo Biondi, *Summatim Cognoscere* p. 25, extrait du *Bulletino dell'Istituto di diritto Romano*, 1920. Le fragment d'Ulpien, cité plus haut (p. 11, n. 5), est intéressant en ce qu'il marque les limites de la *cognitio* prétorienne, la restreignant à la *calumnia* : *Quisquis igitur juraverit de calumnia admittitur ad stipulationem, et non inquiritur utrum intersit ejus an non, vicinas aedes habeat an non habeat, totum tamen hoc juris-*

qui concerne l'octroi des actions héréditaires au postume dont la filiation est contestée, Ulpien nous donne des précisions intéressantes ¹⁾).

S'il s'agit d'action, d'interdit, d'exception, l'objet de la *causae cognitio* sera bien rarement le fond même du procès de sorte que la distinction du *jus* et du *judicium* sera généralement sauvegardée. Cela n'a guère besoin d'être souligné lorsque la question sur laquelle s'exerce la contrôle du préteur est purement procédurale, comme sont les questions de compétence, de délai, de représentation en justice ou purement extérieure, comme une question de moralité ²⁾. On pourrait difficilement concevoir qu'en statuant

dictioni praetoriae subjiendum cui cavendum sit, cui non. Cf. les paragraphes suivants de la même loi. Cf. C. I. 6, 54, 1. De même la *cognitio* relative à la *bonorum possessio* de la mère d'un postume est surtout motivée par la *calumnia* D. 37, 9, 1, 14, Ulp. l. 41 ad ed. *Et ita divus Hadrianus Claudio Proculo praetori rescripsit, ut summam de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur ejus, quae ventris nomine in possessione mitti disiderat, nihil novi decerneret.*

¹⁾ D. 25, 4, 1, 15 Ulp. l. 24 ad ed. *Quod autem praetor ait causa cognita se possessionem non daturum vel actiones denegaturum eo pertinet ut, si per rusticitatem aliquid fuerit omissum ex his quae praetor servari voluit, non obsit partui, quale est enim, si quid ex his, quae leviter observanda praetor edixit, non sit factum, partui denegari bonorum possessionem: sed mos regionis inspiciendus est, et secundum eum et observari ventrem et partum et infantem oportet.*

²⁾ Certains textes nous apportent quelques précisions sur l'objet de la *causae cognitio*, pratiquée en ces matières. Ainsi pour la prorogation de délai en matière d'action rédhibitoire. D. 21, 1, 31, 23. Ulp. l. 1 ad ed. aed. cur. *In causae autem cognitione hoc versabitur, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit praesens cui redderetur aut aliqua justa causa intercessit cur intra diem redhibitum mancipium non est, quod ei magis displicuerat.* Pour la prorogation des actions en vertu de l'édit Carbonien D. 37, 10, 3, 5. Ulp. l. 41 ad ed.: *hoc autem diligentissime praetori examinandum est, an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis et maxime inquirere hoc a cognatis matre tutoribusque pupilli debet, finge esse testes quosdam, qui dilata controversia aut mutabunt consilium aut decedent aut propter temporis intervallum non eandem fidem habebunt, vel finge esse anum obstetricem vel ancillas, quae veritatem pro partu possunt insinuare, vel instrumenta satis idonea ad victoriam vel quaedam alia argumenta, ut magis damnum patiatur pupillus, quod differtur cognitio, quam compendium, quod non repraesentatur: finge pupillum satisfacere non posse et admissos in possessionem, qui de hereditate controversiam*

sur ces points le magistrat s'arrogeât le droit de juger le fond de l'affaire.

Lorsque la *causae cognitio* équivaut au contrôle du magistrat sur le moyen de droit lui-même, son objet est assez varié et l'intervention du préteur constitue parfois un empiètement singulièrement hardi sur les attributions du *judex*. Dans certains cas, il respecte scrupuleusement ces attributions. Nous l'avons déjà vu pour l'action de dol¹⁾. On peut faire la même obser-

faciunt, multa possunt subtrahere novare moliri; aut stulti aut iniqui praetoris erit rem in tempus pubertatis differre cum summo ejus incommodo cui consultum velit... Pour l'interdit de *liberis ducendis*, D. 43, 30, 3, 4 Ulp. l. 71 ad ed.... *idque ex persona eorum, inter quos controversia erit, et ex genere causae constituendum est, nam si is, qui se patrem dicit, auctoritatis prudentiae fidei exploratae esset, usque in diem litis impuberum apud se habebit: is vero, qui controversiam facit, humilis calumniator notae nequitiae, repraesentanda cognitio est, item si is, qui impuberem negat in aliena potestate esse, vir omnibus modis probatur, tutor vel testamento vel a praetore datus pupillum, quem in diem litis apud se habuit, tuetur, is vero, qui patrem se dicit, suspectus est quasi calumniator, differri litem non oportebit, si vero utraque persona suspecta est aut tanquam infirma aut tanquam turpis, non erit alienum, inquit, disponi apud quem interim puer educeretur et controversiam in tempus pubertatis differri, ne per collusionem vel imperitiam alterutrius contentium aut alienae potestati pater familias addicatur aut filius alienus patris familiae loco constituatur.* Pour le renouvellement de l'*editio argentariorum*, D. 2, 13, 6, 10, Ulp. l. 4 ad ed. *Nec iterum postulanti edi praetor jubet, nisi ex causa: h. t. 7 Paul, l. 3 ad ed. Veluti si peregre habere quod primum editum est doceat: vel minus plene editum: vel eas rationes, quas casu majore non vero negligentia perdiderit, nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi jubebit.* Pour la représentation en justice D. 3, 3, 43, 6 Paul, l. 9 ad ed. *Labeo causa cognita temperandum, et si captio actoris sit propter temporis tractum, judicium eum accipere cogendum: quod si aut adfinitas dirempta sit aut inimicitiae intercesserint aut bona absentis possideri coeperint, h. t. 44 Ulp. l. 7 disput. Vel si longinquo sit afuturus vel alia justa causa intervenerit. (Paul.) non cogendum.* Cf. h. t. 8, 3; 9; 10, 11. Dans la même matière de représentation en justice, l'édit concernant la révocation du représentant ou un remplacement admet une *causae cognitio* plus étendue: D. h. t. 17, 2, Ulp. l. 9. ad ed. *In causae autem cognitione non solum haec versantur, quae supra diximus in procuratore non compellendo suscipere judicium, verum et aetas 18 Modestin. l. 10 pandectarum: aut religionis beneficium.* Cf. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28.

¹⁾ Cf. *supra*, p. 24.

vation pour l'édit prescrivant la *causae cognitio* en matière d'*injuria*. Ulpien, résumant son développement sur l'objet de cette *cognitio*, nous dit que le préteur devra tenir compte de la nature de l'*injuria* et de la personne de l'esclave lésé¹⁾. C'est dire que le magistrat ne touche en aucune façon le fond du procès: la *causae cognitio* écartera seulement les prétentions qui, si elles étaient prouvées, ne mériteraient pas protection. La *causae cognitio* qui précède la délivrance de l'action réelle au superficiaire porte, nous dit le même auteur, sur la durée du contrat²⁾, et ici encore la délivrance de la formule ne dispensera pas le demandeur de faire sa preuve *in judicio*. Le préteur ne prend pas parti entre le superficiaire et son adversaire: la liberté du juge reste entière. — Au contraire la *causae cognitio* à laquelle procède le magistrat avant d'insérer l'*exceptio justi dominii* implique de sa part la volonté d'écarter la prétention du propriétaire quiritaire, même fondée, si le droit du propriétaire bonitaire lui paraît préférable³⁾. On ne saurait contester que l'enquête porte alors sur le fond du droit. De même l'exception dont l'affranchi peut être autorisé à bénéficier pour repousser le *judicium operarum* au cas où des charges trop lourdes auraient été exigées de lui après son affranchissement, sera insérée en sa faveur si le préteur estime que le préteur a abusé de l'empire

¹⁾ D. 47, 10, 15, 44 Ulp. 1. 77 ad ed. *Itaque praetor non ex omni causa injuriarum judicium servi nomine promittit: nam si leviter percussus sit vel maledictum ei leviter, non dabit actionem: at si infamatus sit vel facto aliquo vel carmine scripto, puto causae cognitionem praetoris porrigendam et ad servi qualitatem: etenim multum interest, qualis servus sit, bonae frugi, ordinarius, dispensator, an vero vulgaris vel mediastinus an qualisqualis, et quid si compeditus vel male notus vel notae extremae? Habebit igitur praetor rationem tam injuriae, quae admissa dicitur, quam personae servi, in quem admissa dicitur, et sic aut permittet aut denegabit actionem.*

²⁾ D. 43, 18, 1, 3 Ulp. 1. 70 ad ed. *Quod ait praetor 'si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo,' sic intellegendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio, et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.* D'après M. Girard Manuel⁶ p. 393, 1 „la *causae cognitio* aurait porté dans le principe sur le point de savoir si la concession d'une action était ou non indispensable.”

³⁾ D. 17, 1, 57 (cité *supra*, p. 27 n. 2).

qu'il avait gardé sur son ancien esclave ¹⁾. Mais n'est-ce pas là tout le procès, et le juge de l'action sera-t-il maître de condamner l'affranchi que le préteur, après enquête, aura jugé digne de ce moyen de défense? Je citerai enfin ici l'hypothèse de l'édit „*Si quis omissa causa . . .*” Lorsque le préteur autorisait la poursuite contre l'héritier, il invitait par là même le juge à prononcer une sentence de condamnation ²⁾.

En résumé l'objet de la *causae cognitio* nous est apparu comme assez varié. L'enquête du magistrat peut porter soit sur des éléments purement extrinsèques comme la moralité des parties, l'importance du litige, soit sur des conditions de fond, comme la capacité des parties, soit même sur le fond du litige. Il est évident que les effets de la *causae cognitio* ne seront pas les mêmes dans ces différents cas.

§ IV. *Effets.*

Il n'y a guère de difficulté pour les *causae cognitiones* de la première catégorie, celles qui précèdent un moyen tiré de l'*imperium* (en dehors des interdits). Si l'enquête est favorable, le moyen est accordé et tout se passe comme s'il l'avait été d'emblée. S'il est refusé, le plaideur n'aura qu'à utiliser les voies de recours qui sont à la disposition des justiciables contre les décrets des magistrats.

La question n'est délicate que si la *causae cognitio* est relative à un acte judiciaire proprement dit (délivrance d'action ou d'interdit, insertion d'exception) car il ne s'agit plus ici d'un simple moyen de droit accessoire comme sont les stipulations prétorienes, les *missiones in possessionem* etc., ou extraordinaire comme l'*in integrum restitutio*, mais de l'exercice même d'un droit normal et légal. La *causae cognitio* revêt dans ces hypothèses un caractère beaucoup plus grave et produit des effets plus complexes. Pour les préciser, il convient de distinguer suivant que l'enquête aboutit à l'acceptation ou au refus du moyen de droit demandé.

Pour prendre d'abord cette deuxième hypothèse, un texte du Digeste nous fournit un renseignement important :

¹⁾ D. 44, 5, 1, 6 (cité *supra*, p. 28 n. 1).

²⁾ D. 29, 4, 6, 3 (cité *supra*, p. 26 n. 1).

D. 4, 6, 26, 4, Ulp. l. 12 ad ed.

Ait praetor : sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur „hoc quo ? ut si per dilationes judicis effectum sit, ut actio eximatur, fiat restitutio, sed etsi magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam, per magistratus autem factum ita accipiendum est, si jus non dixit : alioquin si causae cognita denegavit actionem restitutio cessat, et ita Servio videtur, etc.

Il résulte de ce passage que la *restitutio in integrum* est admise en faveur du plaideur qui s'est vu empêché d'agir par le part d'un magistrat, à moins que cette décision n'ait été une *denegatio actionis* prononcée *causa cognita*, car dans cette hypothèse, le préteur a dit le droit (*jus dixit*) et il serait absurde qu'il pût revenir sur une décision qu'il a prise en connaissance de cause.

La *denegatio actionis* n'est donc pas susceptible d'être réformée par *restitutio in integrum*. Le plaideur auquel elle est opposée va-t-il donc se trouver définitivement dépouillé du moyen de droit qui lui est conditionnellement promis dans l'Album ? Il en serait ainsi si la *denegatio actionis* avait pour effet de déduire en justice le droit du demandeur, comme ferait la *litis contestatio*. Cette opinion a été soutenue¹⁾, mais sans preuve à l'appui, et tout le monde admet que la *denegatio actionis*, c'est à dire la *causae cognitio* qui la fonde, n'a pas d'effet extinctif²⁾. Cela revient à dire que le plaideur n'aura pas perdu son droit et pourra renouveler autant de fois qu'il le jugera bon sa demande de délivrance d'action. Sans doute, comme il n'est pas probable que le magistrat se déjuge, il agira prudemment en se dispensant de réitérer sa demande devant le préteur qui la lui a déjà refusée, mais il pourra tenter sa chance auprès de son successeur.

Je me borne à rappeler ici que la *denegatio* intervenue après une *causae cognitio* ne constitue à aucun degré un acte arbitraire de la part du magistrat. Le justiciable, prévenu par une clause spéciale de l'Edit ou nécessairement au courant des attri-

¹⁾ Sic, Naber, *Observatiunculae de jure romano. De denegatione actionis*, in *Mnemosyne*, N. F. 28, (1900), p. 64.

²⁾ P. ex. Wlassak, in *Z. Sav. St.* 33, (1912), p. 127.

butions juridictionnelles du préteur n'avait pas à se plaindre si ce dernier lui refusait la délivrance de l'action à la suite d'une enquête régulière ¹⁾).

Plaçons-nous maintenant en face de l'hypothèse inverse, celle où la *causae cognitio* aboutit non plus au rejet, mais à l'acceptation de la demande, et où en conséquence un *judicium* est organisé pour trancher le litige. Quels vont être sur ce *judicium* les effets de la *cognitio* intervenue? A cette question, il est impossible de donner une réponse unique, car l'influence qu'exerce la *cognitio* sur les pouvoirs du juge varie naturellement suivant l'objet sur lequel a porté cette *cognitio* et l'on a vu au paragraphe précédent combien cet objet était divers. Lorsque l'enquête prétorienne vise, comme c'est le cas le plus général certains éléments purement extérieurs du procès, comme le *modus* ou la *persona*, la liberté du juge reste entière, dans les limites de la formule. Dans certains cas plus rares, il semble bien que l'investigation du magistrat porte sur le fond même du litige; dans ces hypothèses la barrière qui sépare le *jus* du *judicium* paraît renversée, en fait tout au moins, et le juge ne fait guère qu'entériner par sa sentence une décision qui lui est en quelque sorte dictée par le magistrat. Il y a là, il faut l'avouer, un défaut d'équilibre dans le système si savamment organisé de la procédure formulaire romaine, mais il n'est que juste de reconnaître en même temps que cet empiétement du magistrat sur le domaine du juge ne se produit que dans des hypothèses peu nombreuses et que dans l'ensemble la forte garantie que constitue la séparation de *jus* et du *judicium* est remarquablement bien respectée.

§ V. *Fonction.*

Nous connaissons à présent le mécanisme et les effets de la *causae cognitio*. Pour terminer l'étude de cette institution, il convient de rechercher quelle est sa fonction dans les différentes hypothèses où elle intervient: Cet examen nous permettra en même temps de déterminer avec précision la place que tient la *causae cognitio* dans l'histoire de la procédure romaine.

¹⁾ Cf. *supra*, p. 33.

De ce point de vue on peut, semble-t-il, classer les différentes *causae cognitiones* que j'ai décrites, en trois catégories.

1. Dans certains cas, le préteur se réserve la *causae cognitio*, parce qu'il s'agit d'institutions de procédure sur lesquelles il est naturel que son contrôle s'exerce d'une façon plus énergique qu'ailleurs. C'est évident pour l'*in integrum restitutio*, dont le préteur entend rester le seul juge. C'est aussi généralement le cas pour les autres moyens tirés de l'*imperium praetoris* dans les cas exceptionnels où le magistrat se réserve d'exercer sur eux son contrôle. Je rangerai aussi dans ce premier groupe les *causae cognitiones* qu'exerce le préteur pour dispenser dans certaines hypothèses de la sanction qu'ils encourraient normalement l'affranchi qui a procédé à une *in ius vocatio* incorrecte, l'arbitre qui refuse de prononcer sa sentence, le représentant en justice qui ne veut pas engager le procès ou y défendre, — et naturellement aussi la *causae cognitio* qu'il exerce lorsqu'une question de compétence est en jeu.

2. Une seconde catégorie, plus importante, comprend les *causae cognitiones* motivées par les caractères généraux de la charge du préteur, par ses pouvoirs, assez vagues du reste, sur la police et l'organisation de la justice, et la mission qui s'impose à lui, dans une certaine mesure, de veiller à la moralité publique. On risquerait sans doute de fausser les choses en cherchant à préciser davantage, mais, pour être plus senties qu'exprimées ces obligations incombant au préteur en raison de ses pouvoirs généraux, n'en sont pas moins réelles et me paraissent seules rendre compte de l'existence de la *causae cognitio* dans un certain nombre de cas.

a. Le premier est celui de la *calumnia*. J'ai signalé plusieurs hypothèses où la *causae cognitio* avait pour objet d'éprouver la sincérité du demandeur. Il est difficile de donner à cette *cognitio* un autre fondement que le souci du préteur de ne laisser intenter que des procès sérieux, engagés par des plaideurs décidés à les pousser jusqu'au bout et poussés par un intérêt avouable.

b. C'est à une cause de même nature, mais se rattachant plus directement aux fonctions du plaideur comme gardien de la moralité publique, qu'il faut rapporter les cas de *causae cognitio* portant sur la personne des plaideurs et sur l'objet des stipulations. En ce qui touche ces dernières, le préteur trouvait dans

ses pouvoirs généraux la faculté de ne leur donner aucune suite, de leur retirer la sanction judiciaire s'il les jugeait contraires aux bonnes mœurs. Mais, dans des cas douteux, son enquête pouvait aboutir à un résultat favorable, comme dans le fragment de Celse cité plus haut¹). Quant à la *causae cognitio* portant sur la personne même des plaideurs, elle n'avait lieu que dans des limites très étroites, et c'est là un trait très remarquable du sens juridique des Romains qui font une distinction très marquée entre la moralité et le droit et ouvrent aux meilleurs comme aux pires l'accès des tribunaux. Pourtant on sait que le préteur avait établi une liste d'individus incapables d'ester en justice dans son édit *De Postulando*. Lorsque la *causae cognitio* porte sur la moralité des plaideurs, elle procède, à mon sens, de la même idée.

c. Enfin, c'est également en vertu des caractères généraux de sa charge que le préteur procède à la *causae cognitio* avant d'accorder tel ou tel moyen de droit contre des incapables. Sans que cette idée se soit, à ma connaissance, dégagée dans les écrits des jurisconsultes ou des philosophes romains, l'Etat à Rome se considère, par l'intermédiaire de ses magistrats, comme le protecteur des incapables. Sans doute cette notion, ne s'étant nulle part exprimée, n'a pas développé toutes ses conséquences, mais il est probable qu'il faut en voir une application dans la *causae cognitio* qui, en matière de *bonorum possessio* n'accompagne que celles qui sont déferées aux incapables et dans les *causae cognitiones* qui ont évidemment pour but d'empêcher qu'une décision hâtive ne soit prise à leur détriment.

3. Il reste une troisième et dernière catégorie de *causae cognitiones*, qui renferme les hypothèses les plus nombreuses et qui paraît se rattacher à une idée différente. Dans ces cas l'enquête du préteur se justifie par une pensée d'expérimentation juridique; elle constitue une sorte de frein destiné à modérer les innovations en matière procédurale ou législative. Elle se produira dans deux séries d'hypothèses assez différentes.

a. Lorsqu'un justiciable se présentant *in jure* pour demander une formule d'action, d'interdit, l'insertion d'une exception etc., alléguera une situation de droit manifestement différente de celle

¹) Cf. *supra*, p. 23 n. 3.

pour laquelle ce moyen de droit a été créé, bien que présentant avec elle de sérieuses analogies. Dans ce cas un débat pourra intervenir *in jure*. Cette *causae cognitio* aboutira suivant les cas, à l'octroi du moyen de droit demandé, à son refus, ou à la création d'une action, utile ou *in factum*. Très rares sont les cas de ce genre que nous signalent les textes et, dans le pareilles hypothèses l'examen du magistrat n'est pas, à mon avis, une véritable *causae cognitio*, au sens technique. Le préteur y joue le rôle d'un consultant particulièrement autorisé : son avis n'a que la valeur d'un conseil ; le magistrat ne peut, d'office, imposer son contrôle. Rien n'empêche un plaideur qui se trouve dans la situation visée plus haut de réclamer la délivrance de la formule : le préteur a l'obligation stricte de la lui accorder, mais ce sera aux risques et périls du requérant : si son cas n'est pas suffisamment proche de celui qui est réglementé et protégé par la loi, il sera débouté par le juge.

b. Bien plus nombreuses, bien plus importantes aussi sont les hypothèses de la seconde espèce. Si certaines actions prétoriennes contiennent la réserve d'une *causae cognitio*, c'était souvent parce que le magistrat qui les créait n'avait pas voulu ou pas osé créer d'emblée un droit inconditionné. Ayant conscience de ne pas être un organe proprement législatif, le préteur était naturellement porté à entourer de toutes sortes de réserves et de contrôles les moyens nouveaux que le progrès juridique le conduisait à imaginer. La même préoccupation le guide lorsqu'il s'agissait non plus de moyens nouveaux, mais d'applications nouvelles, un peu aberrantes ou anormales, d'un moyen déjà existant¹⁾. Le principe salubre mais rigide de la distinction de *jus* et du *judicium* s'opposait à ce qu'il gardât la moindre prise sur les moyens de droit, après la *litis contestatio*. Sans violer en rien ce principe, notre institution en tempérait la rigueur. A la plupart des *causae cognitiones* qui figurent dans les édits d'actions prétoriennes, il ne faut pas, à mon sens, chercher d'autre origine ni d'autre fonction.

¹⁾ Je fais allusion à la *causae cognitio* employée en matière d'*injuria*, en matière d'interdit fraudatoire, en matière d'action *quod metus causa*, et dans les cas de *missio in possessionem*.

Peut-être y a-t-il lieu de généraliser cette dernière observation. On peut légitimement se demander si toutes les institutions prétorienne n'ont pas connu, au début de leur fonctionnement, cette sorte de gangue protectrice que constitue la *causae cognitio*, gangue qui permettait au préteur de les lancer dans la vie juridique tout en conservant sur elles la haute main. La plupart des institutions prétorienne auraient perdu ce contrôle tutélaire au fur et à mesure de leur consolidation progressive. Certaines d'entre elles seulement l'auraient conservé, pour les raisons que j'ai essayé de dégager, soit parce que c'étaient d'institutions essentiellement procédurales, soit parce que le préteur y avait encore à jouer un rôle qui lui était dévolu en vertu de ses pouvoirs généraux, soit enfin parce qu'il s'agissait de moyens de droit nouveaux ou délicats sur lesquels ce magistrat jugeait utile de garder la maîtrise. Ce qui tendrait à fortifier cette opinion c'est l'observation faite plus haut, que certaines institutions prétorienne qui étaient à l'origine accompagnées de *causae cognitio*, s'en sont dépouillées au cours du temps¹⁾.

Si cette hypothèse est exacte, elle nous conduirait à penser que la *causae cognitio* dont nous ne voyons plus en droit classique que d'assez rares exemples, a été beaucoup plus communément usitée à l'époque antérieure. Si elle accompagnait toute innovation prétorienne, elle a dû être très répandue à l'époque par excellence des créations prétorienne, c'est-à-dire dans cette période si féconde et si mal connue de la fin de la République romaine. Lorsque le moyen de droit avait fait ses preuves et que sa pratique l'avait pour ainsi dire cristallisé, la *causae cognitio* devenait inutile et cessait de figurer sur l'Album. Le préteur renvoyait directement à l'autorité statuant *in iudicio* la question de savoir si le plaideur était ou non dans les conditions fixées par l'Edit. Le domaine de la *causae cognitio* va donc se rétrécissant tous les jours pour ne plus comprendre au moment de la codification

¹⁾ Elle trouverait un autre appui dans la conjuncture hasardée p. 3 n. 2, suivant laquelle les actions *in factum* ne seraient autre chose que des actions dans lesquelles le préteur s'est réservé la *causae cognitio* sur tous les éléments de droit. On sait en effet qu'un grand nombre d'actions devenues *in ius* ont commencé par être proposées par le préteur sous la forme d'actions *in factum*, Girard Manuel⁶, p. 1033.

de l'Edit que des hypothèses relativement exceptionnelles. La *cognitio extra ordinem* qui va remplacer l'*ordo judiciorum privatorum* ne peut donc être issue de la *causae cognitio*. En réalité, malgré quelques ressemblances superficielles, c'est là une institution tout différente, trouvant son origine et ses règles dans les conditions sociales nouvelles qui font naître le système administratif du Bas Empire¹). Elle est intimement liée au droit public de cette époque et manifeste le caractère bureaucratique de l'administration nouvelle, tandis que la *causae cognitio*, institution toute procédurale, destinée à neutraliser les effets d'une séparation trop tranchée entre le *jus* et le *judicium* est le signe de la prudence apportée par le préteur dans ses innovations. Elle supplée à l'absence de *jus denegationis* pendant la période formulaire.

¹) La confusion est faite dans Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, T. III. Elle est combattue, notamment, par Boyé, *Denuntiatio*, p. 245. s. qui donne opportunément à la *causae cognitio* le nom de *cognitio ordinaria*.

A QUI ONT BÉNÉFICIÉ LES „CHARTES-LOIS” DU MOYEN AGE *).

PAR

LÉO VERRIEST (Bruxelles).

L'illustre maître Fustel de Coulanges, un des rares savants qui ont vraiment pénétré à fond et compris les institutions du moyen âge, écrivit un jour ceci: „Rien n'est plus contraire à l'esprit scientifique que de croire trop vite aux affirmations, même quand ces affirmations sont en vogue.” Cela signifiait que la recherche scientifique doit se préoccuper essentiellement de contrôler les idées reçues. Fustel avait, personnellement, toujours procédé de la sorte. Il invitait ses disciples, et tous les historiens, à l'imiter. Et il avait infiniment raison, le progrès de nos connaissances étant évidemment à ce prix. On fait donc toujours oeuvre utile en passant au crible de la critique toutes les théories (même lorsqu'elles se réclament de l'autorité des noms les plus illustres) et celles-là surtout qui, à force d'être répétées, ont acquis la valeur de véritables axiomes.

Et précisément c'est d'une de ces théories axiomatiques que je veux vous entretenir. Il s'agit d'une théorie qui concerne la condition des personnes au moyen âge dans l'Europe occidentale, et qui, ainsi que j'espère le démontrer, est tout-à-fait erronée.

Tous ceux qui s'occupent des institutions du moyen âge savent quelle importance ont eue, par leur nombre et par leur contenu, les chartes de franchises, chartes de coutumes ou chartes-lois (je

*) Communication faite au Congrès international des sciences historiques. (Bruxelles, avril 1923.)

préfère, quant à moi, cette dernière expression). Ces chartes s'échelonnent entre la fin du XI^e et le début du XIV^e siècle (les plus nombreuses se placent entre 1150 et 1250); et, en créant de multiples „bourgeoisies” rurales, de multiples „communiaes” rurales (j'appuie sur ce vocable „communiaes”) à côté des bourgeoisies et communes urbaines, dont on a eu grand tort d'ailleurs de faire — arbitrairement — une catégorie bien distincte, ces chartes-lois, dis-je, ont assis le droit rural sur des bases nouvelles destinées, dans leur ensemble, à subsister jusqu'à la Révolution française et même au delà. Eh bien, la question qui se pose est celle de savoir quelle catégorie juridique d'individus a bénéficié de ces chartes-lois, et de savoir, du même coup et par voie de conséquence, quelle était la condition des personnes dans les seigneuries rurales *avant* l'octroi de ces chartes par les rois ou les seigneurs.

La thèse courante et quasi générale à cet égard, veut que les chartes-lois aient été, comme on les appelle souvent, des chartes *d'affranchissement*; ces chartes auraient donc été applicables à des non-libres, à des *serfs*, qui, du même coup, se seraient trouvés *affranchis*. Dès lors, et selon cette opinion, logique avec elle-même, les redevances et les charges dont le régime a été fixé par ces lois, auraient été, comme on dit, des charges „caractéristiques de la condition servile”. Cette opinion, je la trouve formulée chez de multiples historiens du moyen âge (et non certes des moindres) qui se l'ont empruntée mutuellement; parmi eux, je citerai seulement ici les Belges Van der Kindere, Pirenne et Des Marez, et les Français Bonvalot, Esmein, Luchaire et son continuateur Halphen, H. Sée et Bourgin. Quant à M. Bloch, dont j'aurai à vous parler tantôt, il s'est, lui aussi, quelque peu fourvoyé dans son récent et très remarquable ouvrage intitulé *Rois et serfs*.

Parmi ces historiens, c'est à l'un surtout (Des Marez) que s'adresse la communication que j'ai l'honneur de vous faire, car il m'a tout spécialement invité à défendre occasionnellement ma thèse, sur laquelle il a vivement contesté¹⁾, et que je continue — pour cause, je le pense — à croire la plus solide.

¹⁾ *Académie royale de Belgique. Classe des lettres. Bulletin* de 1919, pp. 291 et suiv.

Personne ne conteste et ne contestera sans doute que, dans la période du IX^e au XI^e siècle (pour ne parler que de celle-là) il y avait, dans les domaines ruraux, dans les seigneuries rurales, à côté de tenanciers *serfs*, des tenanciers de condition *libre*. Une des questions qui se posent à leur sujet est de savoir en quelle proportion relative ils existaient respectivement, et dans quelle mesure et comment le nombre des uns et des autres peut avoir diminué ou augmenté pendant cette période et ultérieurement. Je ne veux pas, pour le moment, m'occuper ici de cette question. Mais ce que je puis affirmer, c'est que, à l'époque des chartes-lois (XI^e—XIV^e siècles) les tenanciers libres étaient, de loin, les plus nombreux, et que c'est à ces *tenanciers libres*, non point à des serfs, que ces chartes-lois ont été concédées.

Dans mon mémoire sur le *Servage dans le comté de Hainaut*¹⁾ et, ultérieurement, dans mon *Régime seigneurial*²⁾ en ce même comté, j'ai, sur la foi des textes multiples qui m'étaient passés sous les yeux, et négligeant les théories toutes faites, affirmé que les chartes-lois s'étaient appliquées à des *libres*, et que c'était avec eux *exclusivement* (sauf de rares exceptions) que les seigneurs avaient conclu ces actes, véritables contrats bilatéraux. Ce sont ces libres qui, avant les chartes-lois, étaient redevables de la taille à volonté, de la mainmorte à volonté, des corvées à volonté, des droits de mutation à volonté. C'est eux qui, *comme* les serfs mais non *parce que* serfs, étaient immobilisés sur le domaine seigneurial, et qui étaient frappés de l'incapacité juridique de se „formarier” librement³⁾. Et c'est pour eux, pour ces libres, que désormais, grâce aux chartes-lois, l'arbitraire de tout cela fut abandonné, et que furent établies, sur des bases fixes, les redevances et obligations personnelles et réelles dont parlent si abondamment les documents qui nous occupent.

Certes, j'aurais dû, dans mes travaux, et étant donnée la por-

¹⁾ Léo Verriest, *Le servage dans le comté de Hainaut; les sainteurs, le meilleur catel*, Bruxelles 1910.

²⁾ Léo Verriest, *Le régime seigneurial dans le comté de Hainaut du XI^e siècle à la Révolution*, Louvain 1916—1917.

³⁾ A noter qu'il ne faut pas confondre le „formariage” quant aux serfs, et le „formariage” quant aux libres des seigneuries.

tée véritablement révolutionnaire de mes déductions, souligner plus que je ne l'ai fait, leur importance même, et apporter à leur appui des preuves plus nombreuses et plus précises. Quelques preuves étaient toutefois là à la portée du lecteur qui eût voulu les contrôler. Elles n'ont cependant pas suffi à convaincre. Et M. Des Marez, faisant rapport à l'Académie de Belgique sur mon *Régime seigneurial*, a rencontré mon opinion en s'exprimant de la manière suivante : „L'auteur décide que la charte-loi ne modifie en rien la condition des serfs établis dans les limites de la seigneurie à laquelle la charte est concédée. Immédiatement on se demande quels sont alors les gens qui sont affranchis par la loi nouvelle, si celle-ci exclut systématiquement les demi-libres ou les serfs. Dans les chartes-lois, il est stipulé, entre autres libertés, que l'individu ne sera plus attaché à la glèbe, mais qu'il pourra quitter le territoire de la seigneurie quand cela lui plaira..., que désormais le manant pourra se marier librement en dehors du domaine, qu'il ne devra plus la main-morte. Or, nous savons que ce sont précisément là les restrictions apportées à la liberté personnelle, à la liberté du *serf*. Quoi qu'en dise l'auteur, la charte-loi s'efforce de lever ces obstacles... Si la charte-loi fait exception pour les serfs, pourquoi ne le stipule-t-elle pas expressément? Pourquoi l'auteur ne montre-t-il pas, *textes en mains*, qu'après la concession de liberté, il continue à y avoir dans la seigneurie une classe d'exception, celle des *serfs*, séparée, comme il le dit lui-même, des autres membres de la collectivité domaniale? Le fait est par trop important pour ne pas retenir toute son attention et l'engager à tenter de démontrer, par tous moyens, que ceux qui ont cru jusqu'ici — et je suis du nombre — que les chartes d'émancipation émancipaient des *serfs*, et avant tout des serfs, se sont grossièrement trompés”.

Eh bien, je regrette de devoir dire à M. Des Marez qu'en effet la thèse à laquelle il croit, avec tant d'autres, est comme il dit, une „erreur grossière”. Et je réponds ici à son invitation à venir, *textes en mains* (et textes que je crois irréfutables) démontrer que, comme je l'ai affirmé, les serfs, les vrais serfs n'ont pas été compris, sauf en de rares exceptions, *expressément formulées*, dans le bénéfice des chartes-lois des XI^e-XIV^e siècles. Je note, au demeurant, que, de ces textes, les plus importants

se trouvaient annexés à mes travaux, et que, par conséquent, il ne m'a fallu que quelques instants pour les relever. Je verse d'ailleurs également au débat quelques autres documents qui corroborent ceux-là.

M. Des Marez pense donc que, puisque la charte-loi a, selon lui, émancipé des serfs, il n'en reste plus désormais, dépendant du seigneur concédant, là où cette charte-loi a été conférée. Eh bien voici :

En avril 1220, le seigneur de Trazegnies, Otton, octroie aux „habitants” de sa seigneurie une charte-loi ; cette charte a été publiée par Wauters ¹⁾. Or, dans les „annexes” de mon *Servage en Hainaut*, on peut lire une série d'actes que voici :

- 1) en janvier 1228, le même Otton déclare affranchir son serf Siger de le Wastine „quem hactenus servili conditione tenueram” ;
- 2) le 25 avril 1234, le même Otton affranchit 9 serfs et serves nominativement cités, et leurs enfants ;
- 3) à la même date, il en affranchit 2 autres ;
- 4) le 12 août 1241, 3 autres, des frères ;
- 5) en novembre 1243, le seigneur Gilles, fils d'Otton, confirme les affranchissements de 13 des serfs mentionnés ci-dessus ;
- 6) le 19 mai 1246, Gilles affranchit une serve ;
- 7) le 25 avril 1248, une autre femme „que je devoie, dit-il, tenir et avoie tenue en servage”.

Et la série continue encore

Je pourrais déjà, me paraît-il, affirmer que ma thèse est étayée à suffisance. Mais voici de quoi la corroborer fortement ; voici des textes qui montrent nettement, ou bien que les seigneurs octroyant des chartes-lois *exceptent expressément* leurs serfs du bénéfice de la charte, ou bien que, par une stipulation *spéciale* introduite dans la charte, ils les ont, en même temps, fait profiter de larges avantages.

Le texte A que je publie ci-après (Annexes) est la charte-loi concédée aux „homines commorantes” de Hérinnes-lez-Enghien, et elle stipule ceci : „*excepta familia servilis conditionis*”.

Le texte B est la charte-loi de Montgaillard (Ariège), octroyée aux „habitatoribus ville” ; et l'un des derniers articles dit : „Item

¹⁾ De l'origine des libertés communales. Preuves, page 76.

affranquimus seu manumittimus omnes homines nostros proprios habitantes in dicta villa, dum in eadem commorari velint; si autem . . . exierint, ipso facto in pristina servitute sint reversi”.

La charte-loi de St. Bauzeil, près Pamiers (texte C), dit: *affranquimus . . . omnes homines nostros proprios et feminas . . . et alios quoscumque habitatores . . .”*

La charte d’Estinnes-Bray, de 1291 (texte D) déclare abandonner la mainmorte aux „habitans”, „et le servaige à chiaus ki le sont”. La distinction des deux catégories juridiques de sujets est bien nette dans ces textes, que je pourrais multiplier . . .

Mais voici encore un supplément de preuves:

Soignies obtint sa charte-loi en 1142; mais on voit le comte de Hainaut, descendant du concédant, succéder à des serfs ou en affranchir, encore en 1317 et 1321 (textes E et F).

Voici encore le cas de Villeneuve-le-Roi, qui avait reçu, en 1163, une charte-loi du type de Prisches, et où, en 1221, le Roi de France préleva la mainmorte d’une de ses femmes „de corpore” (texte G).

Cette dernière donnée, je l’ai empruntée au travail de M. Prou sur les chartes de Lorris, et je dois, à ce propos, marquer mon étonnement de ce que, grâce à ce travail, la thèse que je soutiens n’ait pas été aperçue dès l’apparition du livre en question. M. Prou, en effet, a senti (sans y insister suffisamment toutefois) que les chartes-lois ne s’étaient pas appliquées à des serfs. Il a toujours pris soin, et eu la prudence, en parlant des bénéficiaires, de dire: les „hommes de Lorris”, les „habitants” de Lorris, non point les „serfs”; et à la p. 161, il s’est exprimé comme suit: „Les serfs du roi qui pouvaient habiter la paroisse de Lorris au moment de l’octroi des coutumes, furent *probablement* admis à y participer, bien que dans la charte il ne soit nullement question de leur *affranchissement*”.

Et que je signale encore le texte de la célèbre charte-loi de Prisches (1158) dont je viens de découvrir et de publier le texte ¹⁾, et où l’article 40 s’occupe de l’éventualité de l’arrestation d’un *libre* ou d’un *serf*, ce qui atteste la coexistence, encore après la charte, des deux catégories juridiques d’habitants.

¹⁾ Léo Verriest, *La fameuse charte-loi de Prisches* (ancien Hainaut) (anno 1158), *Rev. Belge d’histoire*, avril 1923.

Une constatation, d'ailleurs, qui mérite d'être soulignée, c'est l'uniformité remarquable de la terminologie des si multiples chartes-lois, qui, dans leur préambule, sont déclarées concédées aux „habitatoribus”, aux „hominibus”, aux „burgensibus”, de telles seigneuries déterminées, jamais à des „servis” ou à des „hominibus de corpore”.

De ces derniers, les actes de „manumission”, de *vraie* „manumission”, s'occupent spécialement; et les stipulations mêmes de ces actes les distinguent nettement et les rendent facilement reconnaissables à côté des chartes-lois, qui sont d'un autre ordre.

Je pourrais apporter d'autres preuves encore de l'erreur, commise par tant d'historiens, quant à la question qui m'occupe. Je ne le ferai pas pour le moment. Laissez-moi cependant souligner la bizarre contradiction qui apparaît, et j'ajoute l'embarras véritable qui souvent s'est trahi, et qui aurait dû faire réfléchir, chez tant d'auteurs qui ont cru à la vieille thèse des chartes-lois affranchissant des serfs.

Que voit-on en effet? C'est que certaines de ces prétendues charges „caractéristiques du servage” (mainmorte, taille, chevage ou capitation, etc.) que le mouvement juridique consacré par les chartes-lois a visées, subsistent, *après ces chartes*, dans beaucoup de lieux soi-disant „affranchis”, et que même elles subsistent (et longtemps parfois) dans de grandes communes bourgeoises ayant joué, au moyen-âge, des rôles politiques de premier plan. Ce fut le cas, par exemple, de Laon. Et Bourgin (pour ne citer que lui) note ¹⁾ que, après les chartes, les „charges caractéristiques du servage” se retrouvent dans le Soissonnais: taille arbitraire, mainmorte, formariage, et que ²⁾ les „charges serviles” (formariage, chevage) subsistent à Senlis comme à Compiègne.

Je note au surplus, que si ces charges avaient été vraiment de caractère servile, on ne pourrait comprendre qu'elles aient pu, avec des banalités, des corvées, etc., être inscrites délibérément dans des chartes de villes-neuves, chartes qui représentent assu-

¹⁾ Bourgin, *La Commune de Soissons et le groupe communal Soissonnais*, Paris 1908, p. 67.

²⁾ Ibid p. 266.

rément le „jus optimum” de l’époque de leur apparition ¹⁾.

Je vous disais, il y a quelques instants, que les chartes-lois et les *vraies* chartes d’affranchissement de *serfs* se distinguent aisément et nettement. A ce propos, permettez-moi encore de vous signaler une erreur que je relève chez M. Bloch, dans son ouvrage récent ²⁾. Il mentionne, comme étant des affranchissements royaux de serfs, deux chartes relatives à Orléans, l’une de 1147, l’autre de 1180. Or, en le lisant, je me suis dit tout d’abord que si les serfs de ce lieu avaient été affranchis en 1147, on ne voyait pas bien comment ces mêmes serfs avaient pu être affranchis une deuxième fois 33 ans plus tard. J’ai été lire les textes (H et I) et j’ai constaté que la charte de 1147 était une charte-loi de portée partielle, exemptant de la mainmorte les „homines” d’Orléans, c’est à dire les sujets *libres* de ce lieu, tandis que la charte de 1180 est bien un affranchissement de *serfs*, „d’homines de corpore”, qu’elle délivre „ab omni jugo servitutis”.

Et voici encore que ce livre de M. Bloch m’a fait mettre la main sur un texte que j’estime du plus haut intérêt et où je vois, non seulement un argument complémentaire curieux en faveur de mes déductions, mais encore l’indication piquante de ce que l’erreur que je reproche aux historiens du 19^e siècle a été faite également (non peut-être en tout désintéressement cette fois) par des seigneurs du 13^e siècle.

Une charte de 1266 concerne le domaine d’Abonville qui appartenait à l’abbaye de S. Père de Chartres. Une contestation s’était élevée entre l’abbaye et les habitants d’Abonville. Et voici pourquoi: ces habitants, ces „homines” comme dit le texte, étaient, de temps immémorial, tenus de payer une capitation de 4 d., d’accomplir des corvées et de moudre au moulin banal. Or voilà-t’il pas que l’abbaye, se fondant sur ces obligations, prétendait que les manants d’Abonville étaient „homines de corpore”, c’est-à-dire *serfs*. D’où protestations immédiates des intéressés. Litige. Et arbitrage inscrit dans l’acte qui nous est parvenu. Eh bien, la conclusion fut que, si les manants devaient rester astreints à leurs charges et obligations tradition-

¹⁾ Cf. Verriest, *Le régime seigneurial*.

²⁾ *Rois et serfs*.

nelles, ils devaient être parfaitement tenus pour „*liberi de corporibus suis*”, et que leurs charges devaient être entendues „*excepta servitute quam semper negaverunt*” (texte K).

Que ressort-il maintenant de mon exposé? Il en ressort, à toute évidence et sans équivoque possible, me paraît-il:

1) qu’il y avait bien, vivant côte à côte, dans les domaines seigneuriaux, *avant* comme *après* les chartes-lois, des *libres* d’une part (les plus nombreux), des *serfs* d’autre part;

2) que les contemporains, seigneurs comme sujets, firent toujours une distinction bien nette entre les libres et les serfs;

3) que les obligations spéciales des serfs se *superposaient* simplement, éventuellement, aux charges qui pouvaient procéder de leur qualité de tenanciers résidant sur le domaine de leur maître;

4) que les hommes qui, aux Xe—XIIe siècles, ont été les victimes des „*malae consuetudines*” seigneuriales, étaient bien des hommes *libres*, et que si l’état de dépendance *économique* et *sociale* où ils se trouvaient leur a imposé des charges *analogues* à celles des serfs, l’existence de ces charges n’a néanmoins jamais eu pour effet de réduire ces hommes libres, comme on l’a dit tant de fois, à la condition servile;

5) que l’on n’est nullement fondé à dire que les redevances et obligations réglées par les chartes-lois étaient „caractéristiques de la condition servile”;

6) il résulte enfin que l’on doit classer les documents du moyen âge post-carolingien relatifs à la condition des personnes en six catégories, savoir:

a) les chartes de manumission *individuelle* de *serfs*, avec ou sans assainteurement;

b) les chartes de manumission collectives, octroyées à des lignages de *serfs*; (cf. Verriest);

c) les chartes collectives de manumission de *serfs* résidant dans un ou plusieurs villages ou dans une circonscription administrative ou ecclésiastique déterminée;

d) les chartes d’assainteurement de „*liberi homines*”, qu’il faut bien se garder de confondre avec les simples hommes libres dont je me suis occupé ici;

e) Les *chartes-lois* de seigneuries diverses (royales, ecclésiasti-

ques, laïques) qui ont fait l'objet de cette communication, et qui sont des contrats bilatéraux passés entre les seigneurs et leurs sujets *libres* dans des conditions qui s'expliquent par un ensemble de facteurs économiques et sociaux;

f) enfin, les chartes *d'hostises* et de *villes-neuves*, appelant, sur des essarts le plus souvent, des libres et des serfs des régions environnantes.

Vous n'aurez pas manqué d'apercevoir la portée générale, assez large je pense, de ma communication. En effet, si j'ai raison, le problème de la condition des personnes pendant tout le moyen âge est remis en question. Et il faudra, je crois, sacrifier décidément certaines conceptions que l'autorité de grands noms avait fait accepter assez généralement, telle que cette prétendue existence de *demi-libres* dont on parle si souvent. Pour ma part, je dis que des demi-libres, cela n'existe pas. C'est une notion qui, comme tant d'autres, nous était venue d'Allemagne, et qui n'a pas de valeur scientifique.

Aussi bien j'affirme que, dans notre pays tout au moins, tout pour ainsi dire est à faire ou à refaire dans le domaine des institutions et du droit du moyen âge. On ne connaît pas, par ex., les institutions de la Flandre, ni celles du Namurois, ni celles du Luxembourg (où la féodalité a eu des caractères si marqués). Et il serait extrêmement aisé de „démolir” certains travaux bâtis sur des données fausses à la base.

Laissez-moi pour finir, insister sur l'extrême importance de ces chartes-lois dont je vous ai entretenu aujourd'hui. Ce sont, avec les polyptyques et les comptes domaniaux, des documents capitaux pour l'étude du moyen âge. Nos amis français l'ont compris et, sous la direction de M. Espinas, ils préparent une édition d'ensemble (à laquelle j'aurai l'honneur de collaborer) de ces textes pour toute la France. J'ai la conviction que le résultat de cette publication sera un bouleversement sérieux des idées reçues, non seulement quant aux institutions rurales, mais aussi et surtout, quant aux institutions urbaines.

Elle fera apparaître nettement l'étonnante similarité des institutions dans toute l'Europe occidentale, mettant ainsi à néant de prétendues influences de races ou de droits particuliers. Et elle illustrera clairement la nécessité pressante qu'il y a, pour les his-

toriens, à envisager l'histoire en sociologues, et à comprendre qu'il y a à la base de l'organisation économique et juridique de tous les peuples des phénomènes qui se répètent partout et qui entraînent partout des conséquences analogues.

Je voudrais, enfin, demander que l'exemple de la Société d'histoire du droit de Paris soit imité chez nous, et que l'on organise la publication d'un „corpus” des chartes-lois du moyen-âge pour les provinces belges.

ANNEXES.

TEXTES.

A) Octobre 1211. *Charte-loi de Hérinnes-lez-Enghien.*

In nomine . . . Ego Ingelbertus, dictus dominus de Ainghien . . . Sciant . . . quod omnes homines meos in territorio de Herinez commorantes, excepta familia servilis conditionis, a mortua manu et talliis liberos feci . . . ¹⁾).

B) 1259. *Charte de Montgaillard (Ariège).*

Nos Rogerius . . . concedimus omnibus . . . habitatoribus ville Montisgalhardi . . . consuetudines infrascriptas.

.
(Article XLI). Item affranquimus seu manumittimus omnes homines nostros proprios habitantes in dicta villa, dum in eadem commorari velint; si autem . . . exierint . . . ipso facto in pristina servitute sint reversi ²⁾).

C) 1281. *Charte de Saint-Bauzeil (près Pamiers).*

Nos Guillelmus . . . affranquimus . . . omnes homines nostros proprios et feminas . . . et alios quoscumque habitatores . . . ³⁾).

D) Mars 1290—1291. *Charte d'Estinnes-Bray.*

Nous Jehans, cuens de Haynnau, faisons savoir . . . que comme

¹⁾ *Annales du cercle archéologique d'Enghien*, t. VII, 1908, p. 41.

²⁾ *Revue historique de droit français et étranger*, 1900 p. 547.

³⁾ *Ibid*, 1881, p. 533.

li homme et les femmes habitant . . . de Bray, de Lestines . . . fussent . . . à nous . . . partaule à le mort, nous . . . avons relaissiet et otroiet as habitans des dites villes . . . le dite parchon de leurs biens à le mort, et le servaige à chiaus ki le sont, parmy ce que cascuns homme et femme . . . en ces lieux demorans, paiera et est tenus à nous à le mort au meilleur catel . . . ¹⁾.

E) Succession prélevée à Soignies, en 1317, d'un serf du comte de Hainaut ²⁾.

F) 11 Mai 1320. Nous Guillaumes, cuens de Haynnau . . . savoir que comme Gilles Moriaus, de Soignies, fust nos siers partaules à le mort . . . nous avons le dit Gillion Moriel . . . quitet . . . de toute parchon et taille pour raison de servaige ³⁾.

G) Villeneuve le Roi (charte filiale de Lorris, en 1163).

A° 1221: Eschaetam (= mainmorte) que nobis accidit apud Villam Novam Regiam, de Theophania, femina nostra de corpore ⁴⁾.

H) 1147. Orléans.

Loys . . . o ge pitié de mes homes d'Orliens où ge avoiee . . . mainmorte, ge vous ai otroiée la main . . . que nous la cele coutume que nous avons en la cité d'Orliens et dehors . . . ⁵⁾.

I) 1180. Orléans.

(Louis VII) . . . omnes servos et ancillas quos homines de corpore appellamus, quicumque sunt Aurelianis et in suburbiis, vicis et villulis ejus infra quintam leucam existentibus, in cujuscumque terra manserint, scilicet Magduni . . . manumittimus et ab omni

¹⁾ Devillers, *Cartulaire des rentes et cens dus au comte de Hainaut*, Mons, 1873, p. 211, t I.

²⁾ Verriest, *Serfs et serves des comtes de Hainaut de 1295 à 1567* (tome XXIX des *Annales du cercle archéologique de Mons*).

³⁾ Verriest, *Documents inédits relatifs aux sainteurs du chapitre de Soignies*. (*Annales du cercle archéologique du canton de Soignies*, 1909, p. 69.)

⁴⁾ Prou, *Les coutumes de Lorris*, *Revue hist. de droit français et étranger*, 1884, p. 161.

⁵⁾ *Ordonnances des Rois de France*, t. XI, p. 196.

jugo servitutis absolvimus. Si vero alii servi nostri, aliunde ad predicta loca, causae libertatis, confluerint, ipsos ab illa libertate, eximimus ¹⁾).

K) 1265—1266. Abonville.

Omnibus . . . Hugo de S. Justo, baillivus Aurelianensis . . . Noverint . . . quod cum orta esset contentio inter . . . abbatem et conventum S. Petri Carnotensis . . . et homines de Abonvilla . . . super hoc quod dicti abbas et conventus dicebant homines predictos esse homines de corpore dictorum abbatis et conventus, et unumquemque eorum debere dictis abbati et conventui 4 denarios de censu corporis sui; et etiam petebant . . . de dictis hominibus equos habentibus, tres corveias per annum; preterea petebant . . . quod dicti homines molerent per bannum . . .; que omnia et singula dicti homines non cognoverunt . . . se debere. Tandem predicti abbas et conventus . . . et dicti homines . . . hanc pacem inierunt: videlicet quod . . . conventus eosdem homines pro liberis de corporibus suis ex nunc et imperpetuum habebunt. Homines vero de Abonvilla et quicumque terras seu possessiones habent vel habebunt, eisdem abbati et conventui decem libras . . . annui redditus singulis annis . . . solvere tenebuntur. Preterea . . . solvent . . . census quos consueverunt solvere de possessionibus suis, decimas, campi-partes, charreium, prout consueverunt, corveias bis in anno . . . et alias costumias quas consueverunt solvere, *excepta servitute quam semper negaverunt se debere* . . . Et insuper . . . molent per bannum . . . ²⁾).

¹⁾ *Ordonnances des Rois de France*, t. XI p. 214.

²⁾ Guérard, *Cartulaire de S. Père de Chartres*, t. II, p. 711—712.

SENTENTIËN VAN DE HOOFDMANNEN- KAMER VAN STAD EN LANDE

DOOR

A. S. DE BLÉCOURT (LEIDEN).

(*Vervolg.*)

IV. Zakelijke bedingen ¹⁾.

32. *Ommel. 17 Dec. 1757. Zakelijk beding van vrij malen onder belofte dat geen andere molen in de jurisdictie zou mogen worden gezet dan die, ten laste waarvan dit beding werd gemaakt.*

Mevrouw Lewe van Middelstum, als wettige voogdes over hare minderjarige kinderen, erfgenamen van hun vader, imp., tegen Jacob Wybes, pelmulder te Middelstum, ged., om genoegzame redenen te geven, waarom hij had geweigerd, om de „garste” van imp. „op zijn peldegarstemolen vergeefs te malen en denselven in 't posses van vrij maalen quam te turberen.”

Imp. voert aan, dat sedert deze molen te Middelstum was gezet het huis van Middelstum er vrij malen had gehad en er van in rustig posses was geweest tot 1752, toen ged. 't weigerde; uit verklaringen van ingezetenen bleek dat imp. dit recht had uitgeoefend; imp. moest als een gespolieerde ante omnia in 't posses worden hersteld (Voet ad tit. ff. uti possidetis; Old. landr., III, 99—100; Ommel. landr., II, 23), zonder dat hier in possessorio summario eenige titel van posses in consideratie kwam, hoewel uit een verloren geraakten, doch nu teruggevonden, titel van 1703 bleek, dat Reint Lewe van M. aan ged.'s voorganger had toegestaan den pelmolen op zijn land te zetten, mits tegen 10 gl. huur 's jaars en dat 't huis dan te allen tijde vrij malen

¹⁾ Voor deze rubriek zij verwezen naar Meijers' opstel: „Een nieuwe studie omtrent art. 1354”, W. P. N. R., nrs. 2629, 2630, 2631 en naar mijn Kort Begrip van het O. V. Burg. recht, nr. 164.

zou hebben, mits er geen andere molen in de jurisdictie zou worden gezet.

Ged. voert hiertegen aan: In 1728 kochten mijn vrouw en haar vorige man dezen molen met huis voor *f* 4600 en in de desbetreffende acte, waarvan Jan Lewe zelf de „belijinge had ingenomen”, werd van geen vrij malen gesproken; ook streed het tegen den aard der servituten, om iets te doen, als bestaande alleen in *patientia* (Voet ad tit. *communis praed.*, n. 17; D. VIII, 4). Ik ben in 1746 met mijn vrouw getrouwd en sinds dit jaar is er nooit vrij malen gevorderd; ik heb voor 't huis Middelstum gemalen voor geld; bied eed aan; het *posses* van *regalia* en *servituten* moet door een *duchigen* titel worden bewezen.

Dit recht van vrij malen is een *res mere facultatis* en daartoe kan niemand *auctoritate judicis* worden gedwongen; de getuigenverklaringen behelzen geen feiten maar rechtsbeschouwingen; de „*regtspassagiën*” van Voet en anderen komen hier niet te pas, omdat hier geen *actus possessionis* waren getoond; ook zijn de geciteerde landr. bep. niet toepasselijk, omdat men niet is „*verserende in possessorio summario, maar plenario*”; evenmin doet de verzegeling van 1703 iets af, want in 3 of 4 latere wordt van 't recht van vrij malen gezwezen.

Imp. repliceert: Ik heb slechts *turbe* en *posses* te bewijzen (Bort, *Possessie*, tit. 5, § 1 en 2 en § 59); de get. verkl. liepen over *feiten*; 't niet gebruik maken van 't recht sinds 1746 nam 't recht niet weg (Bort, *Complaincte*, § 40 en v.). Bort zegt in § 49 dat het „*in rebus incorporalibus*” genoeg is, om de *possessie* te bewijzen, als er maar „*een enige actus* was geexerceert.”

Na pleidooien in 3 zittingen, wordt 't mandaat geconfirmeerd.

(Soortgelijke zaak van dezelfde imp., q.q., tegen een anderen molenaar vond soortgelijke beslissing op 3 Febr. 1758. De jurisdictie van Middelstum was een staande rechtstoel; ware het een *ambulatoire*, dan had de bewoner van het huis Middelstum alleen onmogelijk de verzekering kunnen geven, dat geen verlof tot oprichting van een anderen molen in de jurisdictie zou worden gegeven. Langs een omweg heeft zich hier de heer eener staande jurisdictie toegekend het recht van den wind. Ik laat het beding omtrent het niet verlof te zullen geven tot 't oprichten van andere molens en de rechtsgeldigheid van zoodanige belofte ter zijde;

rest de vraag, wie door een beding van vrij malen — dat men ongetwijfeld kon bepalen bij contract — gebonden was. Natuurlijk de rechtsopvolger onder algemeenen titel van den oorspronkelijken molenaar, die zich contractueel verbond; maar hier is uitgemaakt, dat het ook den rechtsopvolger onder bijzonderen titel bond. Immers de gedaagde in dit proces kocht den molen en wordt veroordeeld tot vrij malen, waartoe hij zelf zich contractueel nimmer had verbonden.)

33. *Ommel. 17 Juni 1755. Octrooi voor een snikveer. Zakelijk beding nopens betalen van recognitie bij overdracht van aandeel in dit veer. Consent op overdracht, al dan niet vooraf te vragen; vergelijking op dit punt met het bekleemrecht.*

De heer Lintelo van Stedum, nom. uxoris, imp., tegen den procureur W. van Loenen, in qlté, ged., „om genoegzame redenen te geven, waarom bij publieke advertisement” en in de courant, zonder consent van imp., had laten bekend maken, dat op 10 Maart 1753 „ten huize van mons. R. Hars aan de Breede Markt $\frac{1}{4}$ part in een snikkebeurt van de snik van Stedum op Groningen” zou worden verkocht, waardoor „imp. in 't posses” van het verleen van consent was geturbeerd” en om inmiddels met verdere maatregelen op te houden. Imp. verzocht confirmatie van zijn mandaat, aanvoerende, dat Gedeputeerde Staten \pm 100 jaar geleden aan den grootvader van mevrouw van Stedum octrooi hadden verleend een vaart van Stedum naar Groningen aan te leggen; hij had toen op eigen kosten een snik laten maken en deze aan de schippers present gedaan, op voorwaarde, dat bij verkoop telkens consent van hem moest gevraagd en zeker contingent worden betaald door koper en verkooper; dien overeenkomstig was bij elken verkoop ook steeds gehandeld al die jaren lang, en dus had hier stoornis in 't bezit plaats; verzoekt in 't bezit te worden gemainteneerd (Ommel. landr., II, 23).

Ged. achtte dit mandaat praematuur; er was nog niet anders gebeurd dan een advertentie; 't recht van impetrant, als hij er had, kwam pas ter sprake na verkoop en levering, hier nog niet geschied; vroeger gaf imp. eerst bij de verzegeling zijn consent; het vragen van consent voor verkoop was bij geen enkel veer

in gebruik; „evenals bij verkoop van beklemmingen eerst na dato de approbatie geschiede, zonder dat vooraf het consent en de autorisatie van den eigenaar gerequireerd wierd.”

De zaak gesteld in handen van de heeren van 't kwartier.

(Buiten debat is hier de vraag, of inderdaad de schippers gebonden zijn aan de afspraak door hun rechtsvoorgangers onder bijzonderen titel gemaakt met den heer van Lintelo; dit wordt m.i. stilzwijgend aangenomen van wel. De quaestie is enkel of consent vóór de overdracht moet worden gevraagd. Belangrijk is de opmerking nopens het beklemrecht; men acht des eigenaars consent niet vereischt en den meier vrij, om over de beklemming te beschikken. Nadat de meier er over beschikt heeft, volgt de — niet te weigeren — approbatie.)

34. Ommel. 19 Jan. 1760. Beding van vrij vervoer per schuit, ten laste van de gezamenlijke bedienaren van het schuitveer en hun rechtsopvolgers.

Willem baron van In en Kniphuisen, heer van de Nyenoort, revident, tegen doctoren Driessen en Hovingh, als occupeerende voor de crediteuren van den heer L. J. Clant, heer van Aykema, gerevideerden van een sententie van 2 Oct. 1756, waarbij revident in zijn „sustenuue ongefundeert” is verklaard.

Revident voert aan: Lucas Clant van Aykema heeft veel geld gegeven voor den aanleg van een trekdiep naar het provinciale trekdiep, ja heeft zelfs een nieuwen trekschuit laten maken en dezen door de schippers ten dienste van het gemeene karspel (van Grijskerk) laten bevaren. Deze schippers hebben „tot erkentnisse van de weldaad” op 11 Mei 1674 een verzegeling ten voordeele van genoemden heer Clant gepasseerd, waarbij zij „sigh selfs, hunne erfgenamen en successoren in officio, wie die ook mogen wesen, verbonden, om van dien heer, deszelfs erfgenamen en degene, soo naemaals eygenaaren van het huys Aykema mogten wesen, wegens hunne personen, huisgesinnen en domestiken, alsook wegens het transporteren van derselver goederen geen de minste vragt te nemen of te eysschen en ten allen tijde derselver boodschappen insgelijx vergeefs te verrigten”. De heeren van Aykema hebben van deze „regten en praerogatieven” ook successievelijk „gesjouisseert”, totdat de heer L. Clant „onder

de magt der crediteuren geraekende, ook die borgh met heerlijkheden en geregtigheden, lusten en lasten, etc. hijer by keersen uitdoeninge is verkogt, als wanneer de revident daarvan copier is gebleven". Nu meende revident ook van dit voorrecht gebruik te kunnen maken; hij vernam dat de origineele verzegelingen zich bevonden onder de heeren van Wehe en van Bellingweer, als curatoren van den heer Clant, die ze echter zonder machtiging van de Hoofdmannenkamer niet wilden afgeven, waarop hij zich per request tot de Hoofdmannenkamer heeft gewend, waarop gerevideerden aan de Hoofdmannenkamer hebben verzocht, dat het geheele kistje met verzegelingen, onder genoemde heeren curatoren berustende, hun mocht worden „geextradeert", waarop is geapostilleerd, dat het kistje ter secretarie van de Hoofdmannenkamer zou worden gebracht.

Het betreft hier — zoo gaat revident verder — een vrijdom verbonden aan het huis Aikema, want het is niet gegeven aan Lucas Clant van Aykema en zijn erfgenamen, maar bovendien aan „alle degene soo namaals eygenaeren van gemelte huys mogten zijn"; het is een „jus reale"; ook is deze conventie anderszijds aangegaan door „alle personen, onderling een universiteit uitmakende", optredende voor zich en hun successoren, dus geen verbintenis van afzonderlijke personen, maar van die geheele universiteit, dewelke nimmer sterft, maar altoos door de opvolgers word aangevult, in welk geval de last gerekent word veel meer op de huysen of andere goederen van de universiteit" dan „op de personen selfs gelegd te zijn, en de actie ten enemaal in rem is, als competerende tegens alle personen sonder onderscheid, die uit hoofde van de eygendom en bezit der gemelde goederen, leeden van die universiteit zijn."

Het is bekend dat met den verkoop van een borg (sc. *burcht*) zulke rechten mee overgaan. Zoo hebben dan ook hier de „crediteuren" dit recht verkocht, wijl zij hebben verkocht „dese borgh met alle heerlijkheden, geregtigheden en verdere lusten en lasten". En of nu al de verkoopers beweren, dat in de verkoopsconditiën dit recht niet staat uitgedrukt, dit doet er niet toe, want het betreft hier een recht, dat niet „gesepareert" kon worden van „de borgh". Is hier dwaling bij de verkoopers, welnu dan kunnen zij deswege actie indienen tot verhooging van prijs, als n.l. geen pro-

portie inter rem et pretium mocht zijn. 't Betreft hier een recht als bedoeld in Ommel. landr., IV, 7, 9, 11 en niet een personeel privilege van Lucas Clant.

Gerevideerden antwoorden: wij wisten van dit recht niets; toen aan ons wegens de „creditors” de geheele boedel was vervallen, hebben de curatoren ons er nooit kennis van gegeven, van daar ons verzoek, dat curatoren mochten worden gelast ons alles over te geven, waarop is gevolgd het bevel om de stukken ter secretarie te brengen. Wij hebben nooit 't voornemen gehad dit recht op de schipvaart tegelijk met de burcht te verkoopen, een recht, van welks bestaan wij eerst na den verkoop voor 't eerst hoorden; uit den „trekcedul” kan revident zijn recht niet afleiden, want wij hebben bij de „settinge” van dit stuk goed voorbedachtelijk en om processen te voorkomen zulk een formuleering gekozen, dat er onmogelijk meer toe gebracht kon worden dan er in vermeld stond; deze gerechtigheid van schipvaart valt ook niet onder die gerechtigheden, welke volgens Ommel. landr. IV, 7, niet anders dan uitdrukkelijk mogen worden afgescheiden van het goed. Evenmin past hier IV, 8, 9, 10, 11, 12 en ook niet Regl. Ref., 16. Voorts spreekt het Ommel. landr. IV, 13—45 enkel van servituten en geenszins van „personele verbintenissen” zooals hier.

De sententie a qua wordt geconfirmeerd.

(Ik besprak deze sententie in mijn opstel „Het veer te Garnwerd”, T. v. R., V, p. 70/71, en merkte t. a. p. op, dat de revident het recht niet beschouwt als zakelijk bedongen van de bedienaren van het schuitenveer en hun rechtsopvolgers, maar als zakelijk bedongen van en als zakelijk recht, gevestigd op de goederen van den rechtspersoon, n.l. de gezamenlijke vroegere en latere bedienaren van het schuitenveer.)

V. Wegen.

35. *Ommel. 29 Jan. 1739. Erfdienstbaarheid van weg. Bezitsactie wegens stoornis daarin. De stoornis bestond in het leggen van een mesthoop, die het rijden over den weg onmogelijk maakte. Bezit en stoornis bewezen verklaard.*

De redger Suirvelt tegen Hidde Jans en cons. in qlté, om genoegzame redenen te geven, waarom zij den impetrant „tur-

beeren in zijn posses van overvaart over het heem'', achter 't huis, thans door Bonne Jans' kinderen bewoond, te Bedum gelegen; of bij faute van dien, de „mis'', die de „overvaart'' belet, op te ruimen.

Ged. ontkennen dat imp.recht van „overvaart'' heeft.

De imp. verzocht dat deze negatieve litiscontestatie voor voldaan mocht worden verklaard, waartoe hij bijbracht verschillende attestaties van personen, behelzende dat imp.'s voorzaten al sedert 1685 „overvaart'' hadden en met hooi menden over dit heem, zonder stoornis, en dat de voorganger van Bonne Jans dezen 't heem had verkocht met dien last er op liggende. 't Was dus genoegzaam bewezen; het langdurig posses was hier voldoende.

Ged. contendeerden ten einde de gemaakte negatieve litiscontestatie met het bijgebrachte voor onvoldaan mocht worden verklaard; 't gaat hier niet over de „overvaart'' alleen, maar ook over „de mis''; servitus non consistat in actu sed in patientia, ex l. 15 ff, de serv. (D. 8, 1, 15). Bovendien de „overvaart'' was slechts precario geschied; 's zomers „vaarde'' men met wagens hooi over 't heem, maar dit gaf geen recht van „generale overvaart''; 's winters lag er altijd een „mis''; ook was de „overvaart'' meermalen belet; dus was er geen vredig en rustig posses naar Ommel. landr. IV, 47, noch de 30 jaren van IV, 54, immers na 1721 liep de verjaring niet tegen ged.'s pupillen, Ommel. landr., IV, 49.

Imp. volhardt; de „mis'' lag niet op zijn behoorlijke plaats; dat deze overvaart gelimiteerd was tot hooi stond aan de tegenpartij te bewijzen; dus is er een generaal servitus agendi, vehendi; ze is trouwens ook voor andere „huisbehoeften'' gebruikt; dat 't een vergunning zou zijn geweest, steunt op één verklaring van hooren zeggen; interruptie van posses was er dus niet. 't Was vóór 1721 al meer dan 30 jr. bij imp.'s voorzaten.

De zaak wordt aan de heeren van 't kwartier gewezen, om zoo mogelijk partijen te „reguleren''. (Den 14 Dec. 1740 krijgt Suirveld gelijk; zoo ook in revisie 13 Dec. 1742. Het is duidelijk, dat partij Hidde Jans possessoir en petitoir niet uit elkaar houdt in haar verweer.)

36. *Ommel. 25 Jan. 1742. De eigenaar van een stuk land, wiens meier van uit dat land een „ossegank” had gebruikt over gedaagdes land, wil bewezen hebben dat ged. recht heeft deswege een „canon” (sic) te vorderen. Voornoemde meier was destijds veroordeeld dat geld te betalen, maar eischer ontkent dat hiermee vaststaat, dat op zijn land dientengevolge een grondrente („canon”) drukt.*

De rentm. der provincie, imp., tegen pastor van Diemen, nom. ux., in qlté, ged., teneinde deze genoegzaam rechtens zou bewijzen, dat zijn vrouw huur wegens een „ossegank” van 't provincieland te Kloosterburen toekwam, welk land Eelke Renses als provinciemeier gebruikt.

„Imp. zegt, dat hij steunt voornamelijk in naturali libertate praedii; uit niets blijkt dat dit land met zulk een canon van 2 gl. 10 st. wegens een „ossegank” is bezwaard.

Ged. opponeert de exceptio possessionis; meer dan 30 jr. heeft de familie Starkenborgh dit recht gehad; hij legt „scheidebrieven” over en beroept zich op Ommel. landr., IV, 63, dat in een geval als dit zelfs geen titel eischt; de meiers van deze provincieplaats hadden, hierover in commissie gehoord op 21 Juni 1741, verklaard dit bedrag te hebben betaald.

Imp.: Die „scheidebrieven” raken mij niet; ze bewezen slechts dat de meiers van 't provincieland een „ossegank” hadden gebruikt. Een praescriptie van 1709 af is te kort tegen de provincie, dan moet er 50 jr. zijn (IV, 56).

Ged. zegt: De meier heeft wel, door inductie van den vroegeren rentmeester der provincie, Seeratt, er aan pogen te ontkomen dat hij dat geld schuldig was, doch bij sententie van 22 Nov. 1741 is hij gecondemneerd; vast staat derhalve dat imp. q. q. een recht van „ossegank” heeft.

Imp. zegt: Zeker, die meier heeft gesuccumbeerd tegen u; deze is u dat geld schuldig, maar daarom is de provincie u niet canon schuldig. De provincie heeft u alleen aangesproken, omdat gij haar meier hebt aangesproken *als provinciemeier*.

De exceptio possessionis wordt „geadmitteert”. (Merkwaardig in dit geding is, dat degene, die beweert dat er een servituut bestaat, is de eigenaar van het lijdend erf; de eigenaar van het

heerschend erf laat zich over het bestaan er van niet uit, doch ontkent dat er deswege op zijn erf een grondrente zou drukken.)

37. *Ommel. 13 Juni 1752. De redger van Godlinze wil in zijn bezit gehandhaafd worden van het schouwen van voetpaden en vonders onder Godlinze tegen den pastor v. d. Tuick en een kerkvoogd, die zich dezen schouw hadden aangematigd. Deze beroepen zich op het recht van „judicature” dat ingevolge het Indultum de pastoren van 7 karspelen hebben over vele zaken. Impetrant's eisch wordt toegewezen.*

Dr. Venhuizen, redger van Godlinze, tegen den pastor van der Tuick, daarna pastor Frima, en den kerkvoogd Jacob Gerrits, „sigh qualificerende als opsigters”, om redenen te geven, waarom zij op 3 Nov. 1746 mondelinge aanzegging hebben laten doen, om vonders te herstellen, en aanzegging van schouwing; dat toch 't gericht deze vonders heeft geschouwd; voorts om met verder schouwen te „supersederen tot nadere verklaeringe”.

Imp. zegt: In 1735 als redger aangezworen, bevond ik bij 't schouwen der voetpaden en vonders, dat „onder het district van het carspel Godlinze het voetpad, lopende een stuck weegs na het Zant, zijnde mede het kerkpad van het Zant na Godlinse, sedert ondenkelijke tijden heeft behoort onder de schouwing van het regt van Godlinse,” en dat degene, die met 't onderhoud in gebreke waren, ook waren „gebreukt”, zonder oppositie, totdat in 1743 zekere Roelof Jans kwam wonen op de plaats van den gezworen Bolhuis. Deze Roelof Jans heeft, nadat in 1746 imp. den schouw had laten kondigen, een plank uit 't voetpad opgebroken en de passage belet daardoor. In Sept. 1746, liet hij, redger, alle breukvalligen aanzeggen in 't rechthuis de breuken te betalen; dit deden dan ook 2 personen, maar Roelof Jans zeide niet te zullen compareeren, omdat hij geen vonder had onder Godlinze. In Nov. 1746 hebben gedaagden een „agterbakse” aanzegging gedaan aan 2 personen, doch geen schouw laten volgen; zij hebben toen ook Roelof Jans verlof gegeven het vonder te verleggen; 31 karspellieden van Godlinze en 't Zandt hebben zich tot den redger gewend, om maatregelen te nemen 't voetpad in zijn ouden staat te herstellen. Gedaagden zaten stil; imp. wil nu volgens Ommel. landr. II, 23, worden „gemaintineert

in dat posses", beroept zich op „schouw- en breukcedullen" over een reeks van jaren.

Ged. verzoeken cassatie van het mandaat; de predikanten en kerkvoogden van de 7 karspelen Loppersum, Leermens, Zeerijp, Enum, 't Zandt, Garrelsweer en Wirdum hebben krachtens den brief, genaamd het Indultum, van 1562, het recht van „cognitie en judicature over vele saeken"; ook na de Reformatie is dit recht uitgeoefend, gelijk blijkt uit den seendbrief van 30 Juni 1599, art. 7; in 't bezit van dit recht zijn zij door de Hoofdmannenkamer gehandhaafd 14 April 1607 en 23 Juni 1656; beroep op „breukcedullen" van 1711 af. Toen imp. hierop inbreuk pleegde door die aanzegging aan Roelof Jans, heeft de eigenaar Bolhuis hem (imp.) een mandaat gezonden, waarop is gevolgd dit mandaat aan ged. in dit geding; imp. heeft bij usurpatie dit recht uitgeoefend, heeft dan ook nooit onder 't Zandt of Leermens geschouwd; de plaats, door Roelof Jans gebruikt, ligt niet onder den rechtstoel Vierbuijen (waaronder Godlinze ressorteert), maar onder 't Leermenster recht. Jure heeft imp. niets gedaan en dus kan hij op praescriptie geen beroep doen; ged. hebben ouder en beter recht en kunnen zelfs ten petitoire inhabeeren, dus moet 't mandaat gecasseerd en ged. in hun posses gemainteneerd worden.

De gezworen Bolhuis per advocatum verzoekt ongepraesjudiceerd te blijven.

Het mandaat wordt geconfirmeerd, „latende partijen hinc inde salf regtens ten petitoir".

(Over dit Indultum dier 7 karspelen zie men: *Gron. Bijdr.*, III, p. 167 e.v. Van der Tuuk was predikant in 't Zandt van 1724—1749; zie Brucherus, Gedenkboek, p. 112; volgens Brucherus werd v. d. T. niet opgevolgd door Frima, maar door Placius; Frima was de pastor van Loppersum van 1743 tot 1759, zie Brucherus a.v., p. 97, deze Frima is dan ook bedoeld blijkens de hierna volgende sententie van 19 Sept. 1752.)

38. *Ommel. 19 Sept. 1752. De richter van Godlinze wordt aangesproken wegens het schouw drijven over een voetpad en venders, etc. buiten zijn territoire, n.l. buiten Godlinze en onder*

den rechtstoel van Leermens; bovendien zou het geschouwde object vallen onder den schouw van pastor en kerkvoogden van Leermens en niet van een redger, zulks volgens het Indultum. Ged. beroept zich op 40-jarig bezit en op het feit dat hij bij de sententie van 13 Juni 1752 er in is gehandhaafd, waartegenover imp. interruptie van bezit beweert en stelt dat die bezitsprocedure enkel tegen 't Zandt liep; ged. zegt daarop dat 't Indultum 't Zandt en Leermens omvat en dat hij tegen 't Indultum triompheerde. Impetrant krijgt ongelijk.

De wed. van den secr. A. E. van Bolhuis en cons., in qlté, de post volgens acte in dato den 23 Jan. 1748 de gezworen Mr. van Bolhuis, in qlté, impetrant, contra Dr. Venhuizen, als rigter van Godlinze, ged., „om genoegzame redenen te sullen moeten geeven, waarom op den 8 October 1746 aan des imp.' meier Roelff Jans, insinuatie hadde laten doen tot betalinge van ommetree-, dammen- en vonderbreuke”, etc.

Imp. vraagt confirmatie van zijn mandaat, omdat ged. q.q. niet was gerechtigd dien Roelff Jans te schouwen en te breuken, omdat de plaats, bij hem in gebruik, niet onder Godlinze doch onder Leermens lag, daar de tochtsloot beide juridictiën van elkaar scheidde; terecht had dus de meier het gericht van Godlinze niet erkend, quia extra territorium jus dicenti impune non paretur; de plaats van impetrant hoorde onder het Indultum en dus onder den schouw van pastor en kerkvoogden van Leermens, gelijk uit „schoucedullen” en andere stukken bleek; wel had ged. sedert 1743 zich dezen schouw aldaar aangematigd, doch telkens was de meier absent gebleven en had hij niet betaald en was hij evenmin vervolgd; uit de „schouwcedullen” van het Indultum bleek daarentegen, dat die van Leermens ter plaatse wel hadden geschouwd.

Gedaagde contendeerde tot cassatie van het mandaat; bij zijn aanzwering had hij gevonden een voetpad van Godlinze naar 't Zandt, waarin verscheiden „dammen, omtreden en planken”; jaarlijks had hij die geschouwd, ook van de onderhavige plaats, bij Roelff Jans in gebruik; vorige meiers hadden altijd betaald; Roelff Jans weigerde en had zelfs door wegneming van planken het pad onbruikbaar gemaakt, op grond van onder 't Indultum

te hooren, gelijk dan ook pastor en kerkvoogden van 't Zandt wegens 't Indultum dezen schouw ter plaatse hadden ondernomen, waartegen een mandaat was uitgegaan, dat onlangs was geconfirmeerd en waarbij 't gericht van Godlinze was „gemaintineert” in zijn langdurig „posses van schouwing”; ter zake van dit geding was 't onderhavige geschorst, zoodat dit nu tevens beslist mocht heeten; deze plaats, door Roelff Jans bewoond, hoort onder 't schatregister van Godlinze en dus behoorde deze schouw onder judicature van den richter ter plaatse, van deze plaats uit ging men ook ter kerke te Godlinze; ook was bestaanbaar dat 't recht van schouwing verder ging dan de grens der jurisdictie; ged. beroept zich op 40-jarig bezit en contendeert tot cassatie van het mandaat.

Imp. voerde nog aan, dat in confesso was dat de vonders onder Leermens en niet onder Godlinze lagen; dus moest ged. bewijzen hoe hij aan dezen schouw kwam; er is noch titel noch langdurig bezit, als zijnde door den schouw van 't Indultum in de jaren 1711, 1728, 1736, 1739 telkens geïnterrupteerd; bovendien praescriptie was hier onbestaanbaar; ged. had slechts tegen die van 't Zandt getriumpheerd, wijl deze hun posses niet konden toonen; „wijders sustineerde de impetrant, dat hier de quaestie geensints was over 't posses maar alleen ten petitoir”; het vonderschouwen was een annex van de jurisdictie en kon er niet buiten worden uitgebreid; de „presumptie” was dus tegen ged.; het schouwen kon geen recht van posses geven, doch slechts 't gevolg van 't schouwen: de invordering van breuke.

Ged. voerde nog aan, dat hij in zijn posses wel gefundeerd was verklaard en dat hij dus er in moest gehandhaafd tot dat hij ten petitore werd uitgewonnen; deze zaak is door die van 't Indultum afgedaan, was er aan geaccrocheerd; meer dan 30 jaar was ged. in posses; 't Indultum heeft niet geïnterrupteerd en dit niet kunnen doen, als zijnde ongerechtigd verklaard zoolwel die van Leermens als die van 't Zandt, als een corpus uitmakende, zooals „uit de reassumtie van pastor Frima van Loppersum was gebleken”.

Het uitgebracht mandaat wordt gecasseerd. (Vgl. de sententie van 13 Juni 1752. De impetrant van Bolhuis, na wiens dood de weduwe de zaak vervolgde, had deze zaak als eigenaar van de

boerenplaats te Leermens aangevat tegen den redger van Vierburen, onder welken rechtstoel Godlinze behoorde ; zie Teg. Staat, II, p. 352 en 353.)

39. Minder belangrijke beslissingen over servituten van weg gaf de Hoofdmannenkamer op 1 Dec. 1753 in zake Gerke Jans tegen Roelef Roelefs, tusschen welke p. p. was vooraf gegaan een beslissing ex lege Diffamari (C. VII, 14, 5) van 6 Juni 1650 ; voorts van 29 Oct. 1756 in zake Star Lichtenvoort tegen den majoor Duursema.

40. *Ommel. 10 Juli 1764. Iemand, die een belemmering in een openbaar voetpad, dat over zijn land liep, heeft aangebracht, wordt deswege door een landeigenaar, wiens meier geregeld van dat pad gebruik maakte, aangesproken wegens stoornis in 't bezit van een „gemeen” servituut. De eisch ontzegd.*

Overste Acronius, imp., tegen „den commissaris Claes Haerings op Strobos, ged., om genoegsaeme redenen te moeten geven, waarom gij of iemand uwentwegen door het toespijken van de wringe op uw land, gelegen ten Oosten de Zeeruister dijken (de soon van des impetrants meyer Roel Sjours op den 4^{en} December jongst aldus belettende daarlangs het voedpadt na Strobos te passeren) den impetrant in zijn posses van vrije gebruik van gemelte voedpadt wegens desselfs plaatsen onder Seruisum door gemelte meyer gebruikt, hebt geturbeert, bij faute van dien gedogen provisie en dispositie als na regte, salvo jure alio ac ulteriori.”

De ged. bij litiscontestatie erkende den wring te hebben laten toespijken, doch beweerde dit jure te hebben gedaan.

Imp. verzocht dus dat „dese litiscontestatie met het bijgebrachte van de impetrant voldaan werde verklaart”, bewerende dat hij een plaats heeft op de grens van deze provincie en van daar uit sedert ondenkelijke tijden het recht van voetpad over de plaats van ged. heeft uitgeoefend, tezamen met meer anderen, zoodat dit „als een gemeen servituut te considereren” is; nu heb ik — zoo vervolgt imp. — allerlei getuigen voorgebracht, die verklaren, dat ik tot op de stoornis in 1758, in posses en gebruik van dit pad was, zoodat ik naar het edictum praetoris, als spoliatus ante omnia gerestitueerd moet worden, in princ. leg. 1, Pand; Voet ad dict. tit. (D. 43, 17, 1, pr.); Ommel.

landr., II, 23; Old. landr., III, 100. Ik heb het niet precario uitgeoefend; daarvan is niets bewezen; dus heb ik 't jure gedaan. Uit een kaart blijkt dat nog meer plaatsen en landen van dit recht van voetpad „gauderen” over gedaagde's land.

Ged. antwoordt: Men heeft zich met geweld, *via facti*, in 't posses willen stellen; van daar dat ik 't slot op den wring heb gehangen en vervolgens hem zelfs toegespijkerd, nadat men 't slot had vernield; de vraag is hier slechts of imp. meer dan jaar en dag in wettig, rustig, onafgebroken bezit van vrij gebruik van dit pad over mijn land is geweest ten dage van de emanatie van zijn conclusie; imp. heeft altijd een goeden anderen uitweg gehad, blijkens de getuigenissen, en dus komt deze noodweg niet te pas; ik bewijs bovendien dat zijn bezit voortdurend is gestoord gedurende 't voormelde jaar; het gaan over anders land geschiedt dikwijls *familiaritatis*, *vicinitatis*, aut *amicitiae causa*; de kaart bewijst niets.

Imp. repliceert: De meiers, die mijn plaats tot 1758 hebben bewoond (tot aan de dichtspijking van den wring) verklaren, dat zij ongehinderd 't pad hebben gebruikt; andere getuigen verklaarden dat het nog door meer anderen is gebruikt als een pad tot gemeen gebruik voor de inwoners van „Seruisum, Doesum, Opende en het Strobos.”

Ged. dupliceert: Hier is niet voldaan aan de requisieten van de complainte; imp. moet eerst een publieken weg en ook nog de Lauwers passeeren, alvorens aan 't land van mij te komen; dus is hier geen servituut (*lex ult. Pand, de serv. praed. rust. D., VIII, 3, 38*); hiervoor is immers noodig dat er zijn *praedia contigua*; dit pad zou loopen over een rivier, tusschen 2 provinciën liggende; de getuigen verklaren over een voetpad, dat voor „yder een publijk is”, doch daarover loopt hier de quaestie niet.

Het mandaat wordt gecasseerd.

(Is hier op de gronden, door ged. bij dupliek aangevoerd, deze eisch ontzegd, of omdat actie na verloop van jaar en dag na de stoornis was ingesteld? Zie Ommel. landr. II, 23. Dat men het mogelijk achtte dat een landeigenaar en zelfs een beklemd meier een actie *confessoria* instelde en dus ook dat een landbezitter en eveneens de bezitter eener beklemming een bezitsactie ter zake van een servituut van weg instelde, als het gold

het recht, resp. het bezit, van openbaren weg, moge blijken uit het volgend geval. Het is dus moeilijk te zeggen op welken grond de bovenstaande beslissing is genomen.)

41. *Ommel. 16 Dec. 1772. Voetpad van Middelstum over Roodeschool naar Bedum. Een bekleemde meier had een plank over een tocht tusschen de bij hem onder beklemming in gebruik zijnde landen weggenomen en daardoor dit pad onbruikbaar gemaakt. Een meier van ander land, zich beroepende op servituut van (openbaar) pad, had deswege een actio confessoria ingesteld en kreeg in 1758 bij den redger en in appel en revisie bij L. en Hoofdmannen in 1770 en 1772 gelijk.*

Geugien Lammers, revident, tegen Jan Harms, gerevideerde, van een sententie van L. en H. van 22 Febr. 1770, waarbij geconfirmeerd de sententie van doctor D. J. Nauta, als richter van Ter Laan en 't Reydeland, den 16 Januari 1758 uitgesproken, waarbij Jan Harms' verzoek was toegestaan, en gelast dat G. Lammers, zoodra het voetpad bruikbaar werd in 't voorjaar, een plank weer moest leggen ter plaatse waar die had gelegen en die plank daar dan laten liggen.

Revident voert aan, dat zijn tegenpartij zich bij request tot het vermelde gericht had gewend in 1758, stellende dat revident hem belette in het gebruik van een pad van zijn huis naar Bedum en wel door „het removeren of verleggen van een plank over een togt van en op des revidents land”; voorts stellende dat het een „schouwbaar publijk en tot een ijdens dienst liggend pad” was, op welken grond gerevideerde verzocht en 't gericht gelastte dat revident de plank er weer legde, waar hij altijd had gelegen, en hem er te laten liggen, met verbod hem anders dan alleen des winters weg te nemen. In 1742 kreeg revident krachtens zegel en brief de thans door hem „bewoonde plaats of behuizinge, met de overdragt¹⁾ van 76 graasen provincieland, waarop het huijs staat, met nog de beklemminge van 20 graasen, alle tot Bedum gelegen, sonder dat in die versegeling eenige de minste meldinge word gemaakt van servituit of servituiten”, veelmin van deze plank. Het Ommel. landr., IV, 41, gaf mij recht

¹⁾ D. w. z. beklemming.

tot verlegging van de plank. In de Ommelanden zijn geen andere publieke paden dan die *tacito consensu* der eigenaren worden gebruikt (Ommel. landr., IV, 36).

Gerevideerde voert aan, dat hij in 1757 van de weduwe van Roelof Arents had gekocht de „behuisinge met de beklemminge van een plaats, het Ter Laan, onder het carspel Bedum ter kerk behorende”, ten Z.O. van des revidents „behuisinge” liggende; het land ligt 's winters onder water en dan moet men per schip gaan; 's zomers is er een behoorlijk pad, „komende uit het noordoosten van Middelstum, over de Rodeschool en loopende voorbij gerevideerde's behuisinge” naar Bedum.

In dit pad moest revident die plank hebben en onderhouden; maar hij deed dit niet; eerst heeft gerevideerde zich toen beholpen door over een „pendam” van revident te loopen, maar toen heeft hij op dezen pendam een groot „schut” gezet; weshalve gerevideerde voor de keus stond een uur om te loopen of een klacht te doen. Revident en gerevideerde hebben ééNZelfden eigenaar en deze gaf revident ongelijk en zeide zelfs dat hij 't pad niet verlegd wilde hebben. De rechtsvraag is deze: is dit pad een publiek pad, dat schouwbaar is, en, zoo ja, kan revident dan nog bevoegd geacht worden deze plank „weg te nemen na zijnen raade, sonder verpligtinge om die te leggen”. Het betreft hier een „oude passage”; revident mag die niet geheel wegnemen en „onnut” maken; het passeeren van zulke voetpaden is een van de „vrijheden en eigendommen, de gemene welvaart specterende”, ze mogen niet verkort of verminderd worden dan met consent der „behoorlijke Overigheid”, zelfs niet door „de heeren van de erfgronden”; een meier mag 't ook niet; kon dit maar zoo, dan zou „iemand eensklaps alle publieke voetpaden kunnen wegnemen”; ik heb dit servituut van pad en hier is geen sprake van een noodweg; het Ommelander landrecht telt onder de vrijheden op niet alleen *wegen* maar ook *stegen* en zegt dat deze niet dan bij consent der Overheid mogen worden weggenomen of verminderd; hoe zou nu een voetganger van het eene dorp naar 't andere kunnen komen als er geen voetpaden waren en deze niet onder behoorlijk opzicht stonden. Vandaar de „bourrigters” in het Westerkwartier, vandaar ook het Indultum in het Fivelgo-kwartier, vandaar het opzicht elders aan de richters toevertrouwd.

De sententie wordt geconfirmeerd.

(Over dit zelfde pad nog een beslissing op 16 Febr. 1776 tusschen andere partijen. Uit den hierboven weergegeven inhoud van de sententie van 16 Dec. 1752 blijkt: vooreerst dat een bekleemde meier zelfstandig, zonder den eigenaar in 't geding te roepen, een actio confessoria kon instellen (zie Hoofdstuk XIV van mijn Beklemrecht, inzonderheid § 3) en verder dat men ten bate van een erf, een particulier toebehoorende, erkende de erfdienstbaarheid van een pad, dat openbaar was, dat dus tevens voor een iegelijk toegankelijk was. Voor het hedendaagsch recht vergelijke men het arrest van den H. R. van 28 Nov. 1913, met onderschrift van Meijers, in W. 9574. 't Verschil tusschen het onderhavig geval en dat van 1913 is, dat in 1913 het openbaar gezag (de burgemeester q. q.) de actie instelde op grond van zakelijk recht van openbaren weg, en in dit 18-eeuwsch Ommelander geval een particulier, die een servituut van weg construeerde.)

42. Ommel. 1 Juni 1778. *Iemand, die van de kerk te Opwierde, welke bloot eigenares bleef, een vaste beklemming kocht, stelt een petitoire actie in tegen iemand, die over dit land had gereden door het bezaaide heen, betwist dat op het land een servituut drukte, voert aan dat er geen heerschend erf is. De tegenpartij beroept zich op een gemeen recht van weg dat over dit land aan alle bewoners en landgebruikers van het gehucht Eelwerd toekomt. In 2 instanties wordt de eisch ontzegd.*

Jacob Reerds, de post zijn weduwe, als boedelhoudster van zijn nalatenschap, appellante, tegen Pieter Hendriks, en gevoegden, appellaten, eener sententie van den richter van Appingedam van 12 April 1769.

Appellante stelt: Wijlen mijn man kocht van kerkvoogden van Opwierde de vaste beklemming van 7 grazen pastorieland, voor 275 gl.; hij bezaaide het in 1761 en toen kwam in 1762 appellaat Pieter Hendriks en baande zich dwars door het gezaaide een weg, om zijn hooi in een schip, in 't Damsterdiep liggende, te laden, weshalve wijlen de man van appellante een mandaat uitbracht, dat P. H. redenen zou moeten geven, etc., welk mandaat is gecasseerd, waarvan appel. Niet ik heb mijn vrijdom te

bewijzen; ik wacht af 't bewijs van de tegenpartij; ik heb een *utile dominium*, een „regt van beklemminge”; waar een *praedium serviens* is, moet een *praedium dominans* zijn; daarvan blijkt hier niets; een continueel gebruik zonder titel geeft geen recht; slechts de eigenaars kunnen hier krachtens *dominium dominans* optreden (tit. 16, ff., de except; D. 44, 1, 16); bezit kan slechts *corpore et animo* worden verkregen (l. 8, ff., de acq. v. am. poss.; D. 41, 2, 8); die *animus* is niet uit nabuurschap of familiariteit af te leiden; hier is een *petitoire actie* ingesteld; appellaat had zijn eigendom moeten aantoonen, maar kan dat niet, want hij gebruikt *pastorieland*¹⁾; een 50-jarig bezit geeft hier slechts eigendom door verjaring (Ommel. landr., IV, 56), en over 't gebruik van dit land verklaren slechts 2 getuigen dat het meer dan 50 jaren zou zijn uitgeoefend; slechts 1 dezer getuigenverklaringen was „gesolemniseert” en deze was onbetrouwbaar; ook was 't gebruik buiten weten van den eigenaar, door negligentie van de meiers.

Appellaten antwoordden: „de bewoners en landgebruikers van 't gehugt Eelwerd” zijn vele jaren gerechtigd geweest hun producten te voeren over de 7 jukken lands, thans „bij den appellant onder beklemminge in gebruik”; er is een groene laan, dwars over den stadsweg, naar 't Damsterdiep, nog heden ten dage de *dijk* genaamd; toen appellant „eigenaar der beklemminge” werd, heeft hij de „passasie”, die vroeger groen was, gescheurd, trots waarschuwing; in appellant's verzegeling staat dat deze grond een deel van den dijk uitmaakt naar 't Damsterdiep; de getuigen hebben eenstemmig verklaard, dat de landgebruikers van Eelwerd 20, 30, 50 jaar dit recht van overdrift genoten hadden; de oude vrouw, die buiten de getuigen gelaten is, had men te duistere en ingewikkelde vragen voorgelegd, maar ook zij had verklaard als de anderen; bovendien komt er bij, dat „deezen opslag, alleen als een *noodweg* gebruikt wordende, om 't benoodigde, dat met het schip komt, te halen en ook derwaarts af te voeren, 't zeer wel bestaan kan, dat die opslag door haar in persoon niet is gebruikt, als met geen paarden of wagen

¹⁾ Bedoeld wordt, zooals uit 't vervolg blijkt, de strook gronds, waarop de overweg drukte, van welken grond immers de bloote eigendom aan de kerk van Opwierde behoorde.

gewoon zijnde te rijden"; het Ommel. landr., IV, 54, vordert maar 30 jaren; IV, 56, spreekt voor kerkegoed van 50 jr., maar de eigenaar van dit pastorieland is niet in 't geding en heeft zich er niet mee willen bemoeien; de kerk weet dat deze last op haar goed ligt. De appellant gewaagde in zijn conclusie niet van kerkeland; hij had ook de appellaten als *gebruikers* van de *praedia dominantia* erkend, door hen als mede-geïnteresseerden ten mandate te brengen.

De sententie wordt geconfirmeerd.

(Beroept de triompheerende gedaagde partij zich op servituut ten bate van alle erven in Eelwerd of op een recht van weg, dat zij niet als servituut-gerechtigd landeigenaar (meier) van een heerschend erf, maar als inwoner van de buurschap heeft? Dit komt hier niet uit, omdat deze partij niet als eischer optreedt, terwijl de eischende partij evenmin keus deed en zich eenvoudig beriep op den vrijdom van haar land. Ook hier 2 bekleemde meiers, die zelfstandig, zonder den eigenaar in 't geding te roepen, eischend en verwerend optreden tot handhaving hunner zakelijke rechten, die zij als meiers, tegen anderen dan den eigenaar van het land beweerden te hebben.)

43 *Ommel. 10 Dec. 1793. Kerkpad te Ten Boer. Possessoire actie, door bekleemde meiers q.q. ingesteld wegens stoornis in 't gebruik van dat openbaar pad, toegewezen.*

In zake Tymen Freriks en andere impetranten, tegen Jan Hoving, gedaagde, allen te Ten Boer, wordt het mandaat van impetranten geconfirmeerd. De stelling van 't mandaat was, dat de impetranten waren geturbeerd „in het posses van het gebruik van 't voet- en kerkpad van hunne drie boereplaatsen, onder ten Bour na ten Bour", doordien gedaagde een in dat pad liggende plank over een sloot had weggenomen.

(Ook hier een *possessoire* actie ingesteld, door bekleemde meiers ter zake van een hun als zoodanig toekomend servituut van pad, dat tevens openbaar pad ten dienste van het publiek was.)

ESSAI CRITIQUE SUR UNE CRUX IURIS
LA LOI MATER (DIG. V, 2, 19)
ET
LE PAPYRUS DE HEIDELBERG 1272¹⁾

PAR

A. J. BOYÉ (BORDEAUX).

La loi *Mater* jouit depuis l'École de Bologne d'une réputation de difficulté qui lui a valu de figurer parmi ces *cruces iurisconsultorum* ou *leges damnatae* rebelles à toute exégèse²⁾. On ne saurait s'en étonner, quand on songe que les *Quaestiones* de Paul, dont elle a été tirée, ont longtemps passé pour particulièrement compliquées³⁾.

Mais les progrès récents de la critique des textes ont réhabilité Paul et son oeuvre. La recherche des interpolations a permis de laisser au compte des Byzantins ce qu'il y avait d'obscur ou de contradictoire dans les fragments placés sous le nom de Paul. En définitive, la manière de Paul est celle d'un jurisconsulte classique pénétrant, logique, plus concis et plus personnel qu'Ul-

¹⁾ Littérature : Machelard, *Dissertations de Dr. rom. et de Dr. fr.* (1882) p. 624-27 et les observations de J. E. Labbé, *ibidem*, p. 636-44. Eisele, *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Rom. Abt.*, 15, 1894, p. 292-99. Gradenwitz, *Philologus*, 62, 1903, p. 120-24. Chabrun, *Essai sur la querela inofficiosi testamenti* (thèse Paris 1906), p. 82-89 et *passim*. Naber, *Mnemosyne*, 34, 1906, p. 365-70 (*Obs. XCV, ad legem damnatam, 19, D. 5, 2*).

²⁾ Elle ne figure cependant pas dans la dissertation de Van Eck, *De septem damnatis legibus Pandectarum seu crucibus iurisconsultorum*, au *Trésor* de Meermann, Suppl. p. 583. Mais elle est en tête des vers mnémotechniques cités par Ricci, *Bullettino dell' Ist. di Dir. Rom.*, 1892, p. 47 :

*Damnatur Mater, damnatur lectaque frater,
Damnatur Gallus, damnatur filius ejus.*

³⁾ Faber, *Rationalia, ad h. l.* „satis intricata lex, ut aliae pleraeque Pauli Quaestiones.”

pien ¹⁾. C'est là un point qu'il convient de ne pas perdre de vue au moment d'aborder l'explication d'un texte aussi délicat que notre frg. 19.

Voici la question posée au jurisconsulte :

Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit. Quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit.

Une mère a institué héritiers un étranger pour les trois quarts, une de ses filles pour un quart. Elle a omis l'autre. Cette dernière a attaqué le testament comme inofficieux et a obtenu gain de cause ²⁾.

Remarquons tout de suite que le texte ne nous dit ni contre qui, ni pour quelle part a été formée la plainte d'inofficiosité. C'est, à notre sens, suppléer au texte que d'admettre avec la majorité des interprètes, d'une part, qu'en fait l'action a été dirigée à la fois contre l'*extraneus* et la soeur instituée, et, d'autre part, qu'elle a triomphé pour le tout ³⁾. Certes, cette interprétation facilite l'intelligence de la question posée au jurisconsulte, à savoir comment viendra-t-on en aide à la fille inscrite? Mais outre qu'elle suppose une correction du texte, elle engendre par la suite d'inextricables difficultés.

Il nous paraît possible de s'en passer en partant de deux observations. Tout d'abord, on reconnaîtra que, même si la fille omise n'agit que contre l'*extraneus*, un danger peut menacer l'instituée, en raison du fondement même de la procédure suivie devant le Tribunal des Centumvirs. Le testateur, qui a manqué à l'*officium pietatis*, étant en effet considéré comme insensé, le testament ne va-t-il pas tomber entièrement? Et la fille inscrite,

¹⁾ V. Berger, art. *Paulus* dans Pauly-Wissowa, *Realencyklopädie*, X, 1 (1917).

²⁾ Le *testamentum* est *justum*, car la fille omise ne peut être considérée comme une *heres sua* à l'égard de sa mère. Mais il peut être *inofficiosum*, car le S. C. Orfitien, rendu en 178, appelle les enfants au premier rang de la succession légitime de leur mère (Ulpian, *Reg.* 26, 7 et Justinien, *Inst.* 3, 4).

³⁾ V. Glöse, *ad h. l.*; Cujas, *Comm. in. lib. II Quaest. Pauli* (*Opera* V. col. 899 E). Gradenwitz, *op. cit.* p. 121. Dans cette opinion, on entend le texte comme s'il portait *egit et optinuit (in totum)*.

perdant le bénéfice de l'institution, pourra-t-elle du moins venir à la succession *ab intestat* ¹⁾?

En second lieu, il convient de ne pas perdre de vue le caractère didactique des *Quaestiones*, ouvrage d'enseignement, à la différence des *Responsa*, recueils de consultations sur des affaires concrètes ²⁾. Par suite, même s'il faut l'entendre d'une action intentée pour le tout, l'hypothèse proposée au maître est purement théorique ³⁾. C'est une hypothèse d'école, dont les termes librement inventés par l'auteur de la question ne constituent nullement les éléments d'un procès réel effectivement couronné par le triomphe total de la fille omise.

Aussi bien, la réponse du maître contient-elle aussitôt une mise au point:

Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset...

On ne comprendrait pas qu'en présence d'une question relative à un procès réel, Paul eût répondu en négligeant la donnée concrète. On conçoit au contraire qu'en présence d'une question doctrinale imprécise ou mal posée il ait immédiatement et nettement rappelé la règle. La réponse est formelle: la fille omise doit nécessairement réclamer la part qu'elle aurait *ab intestat*, en l'espèce la moitié de la succession. Elle ne peut réclamer davantage ⁴⁾. La solution est claire. Il semble qu'il n'y ait plus qu'à en tirer les conséquences et à préciser sur qui l'omise reprendra sa part.

Mais le développement logique du *responsum* se rompt d'une façon inattendue:

Itaque dici potest eam quae omissa est etiam, si totam hereditatem ab intestato petat et optineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem.

¹⁾ Cp. Labbé, *op. cit.*, p. 637 ss.

²⁾ Krueger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts*², p. 145 note.

³⁾ En ce sens Chabrun, *op. cit.*, p. 85, n. 1.

⁴⁾ *Debet* au lieu de *potest* est significatif à cet égard. Notons d'ailleurs que Paul dit que l'omise doit (*debet*) et non qu'elle aurait dû réclamer sa part *ab intestat*.

Paul vient de dire que l'omise ne peut réclamer que sa part *ab intestat*, comment peut-il ensuite introduire par une conjonction de coordination (*itaque*) une proposition consacrant une solution contraire à celle qu'il vient d'admettre? Comment même concevoir que l'omise ait pu en fait réclamer et obtenir toute la succession?

La méthode „harmonistique” n'est pas restée à court de réponse. Paul, après avoir dégagé la règle, poursuivrait en argumentant contre lui même et se ferait en quelque sorte pour un instant l'avocat du diable¹⁾. Mais même si le jurisconsulte avait voulu ainsi éprouver l'exactitude de son opinion, il n'aurait pu en tout cas présenter l'antithèse comme découlant logiquement de la thèse.

Quant à la question de savoir comment il se peut faire que l'omise ait obtenu toute l'hérédité, ceux-là mêmes qui lisent le début du texte comme s'il y avait *egit et optinuit (in totum)*, admettent traditionnellement qu'en fait ce résultat n'a été rendu possible que par une erreur du juge²⁾. Mais il est à notre sens peu vraisemblable que le jurisconsulte se soit alors dispensé de faire allusion à une telle erreur. Au reste, l'hypothèse même d'une erreur du juge nous paraît inadmissible, car l'omise réclamant le tout aurait commis une évidente *plus petitio*.

En réalité, la proposition introduite par *itaque* est le noeud de toute la difficulté du fragment. On a trop souvent tenté de l'expliquer dans son contexte sans s'arrêter aux indices de suspicion qu'elle contient³⁾.

¹⁾ C'est déjà le sentiment de Stéphane, *Basiliques*, 39, 1, 15, scol. I = Heimbach IV, p. 21: *ὡς 'εν ἐπιχειρήματι καὶ τὸ ἐναντίον 'εκ τοῦ ἐναντίου κατασκευάσαι λογισμοῦ* = *tentat veluti argumentando contrarium ex contraria ratione adstruere*.

²⁾ Si on suppose que l'omise a agi pour le tout contre l'*extraneus* et sa propre soeur, il ne saurait échapper à personne qu'elle ne peut se présenter comme seule successible *ab intestat*. Mais même si on suppose que l'omise n'a agi pour le tout que contre l'*extraneus*, ce dernier, connaissant par le testament l'existence d'une soeur instituée, n'a pu manquer de vérifier si celle-ci était bien morte ou renonçante, comme pourrait le prétendre l'omise d'après Chabrun *op. cit.* p. 87, et dans la négative invoquera la déchéance résultant de la *plus petitio*.

³⁾ Pour les uns, la *querela inofficiosi* supposerait deux actions: une action tendant à faire reconnaître la nullité du testament (c'est cette action qui aurait

Dici potest est une locution dont usent volontiers les Byzantins pour amorcer un remaniement ¹⁾. *Etiam* fait difficulté, au moins à la place qu'il occupe ²⁾. *Universam* pour *totam* ³⁾, *successionem* pour *hereditatem* ⁴⁾ sont suspects à certains auteurs. Peut-être enfin la comparaison introduite par *quemadmodum si* n'est-elle pas d'une rigoureuse exactitude ⁵⁾.

Suspect dans la forme comme dans le fond, ce passage doit, à notre sens, être éliminé du texte classique.

Il en est de même de la proposition suivante:

Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso.

été couronnée de succès pour le tout) et une pétition d'hérédité destinée à faire passer dans les faits le résultat de la première (c'est avant cette deuxième action que se poserait la question étudiée dans notre texte et c'est sur cette deuxième action qu'on reviendrait à la solution commandée par l'équité). V. la littérature citée par Chabrun, p. 80 ss. Mais cette explication suppose, à notre sens, une procédure si compliquée qu'elle n'a guère jamais pu être praticable. Elle nous paraît en outre inconciliable avec le principe de l'autorité de la chose jugée.

D'autres veulent, à la suite d'Eisele, *loc. cit.*, voir dans les hésitations de notre texte la trace des conflits soulevés par la fusion de deux courants historiques en matière de *querela inofficiosi*: celui de la *querela centumvirale*, incident *in iudicio* à la *petitio hereditatis* formée devant les C. virs, et celui de la *querela* extraordinaire portée devant une juridiction mal connue, dans laquelle aurait apparu l'idée de la rescision partielle du testament inofficieux. Nous avons déjà, avec certaines variantes, adhéré à cette conception de l'histoire de la *querela*: A. J. Boyé, *La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, thèse Bordeaux 1922, p. 219 ss. Nous ne croyons cependant pas qu'on puisse y avoir recours pour résoudre les contradictions d'un texte, dont maints passages sont suspects. Au reste, il nous paraît qu'au temps de Paul, l'unification de la *querela* était chose faite et que tout conflit était éteint.

¹⁾ v. Guarneri Citati, *Indice delle parole e frasi ritenute interpolate nel Corpus Iuris*, *Bullettino dell' Ist. di Dir. Rom.*, 33, 1923, p. 79 ss. v^o *dicere* et lit. cit. Cp. *Vocabularium jurisprudentiae rom.* II, 1 col. 219-20.

²⁾ Faber, *Conjecturae*, XVII, I, § 7 suivi par Naber, *Mnemosyne*, 1906, p. 368, n. 3, et 1898, p. 361 n. 3, entend *etiam* au sens de *consequenter*. Windscheid propose de lire *testamento*. Lenel, *Palingenesia*, I, n. 1280 propose de rejeter *etiam* devant *solam* et de voir une glose dans *et optineat*. Cp. van Wetter, *Pandectes*, V, p. 358, n. 32, 2^o.

³⁾ Bonfante, *Studi Scialoja*, I, p. 550, n. 1.

⁴⁾ Beseler, *Beiträge*, IV, p. 233.

⁵⁾ Naber, *Mnemosyne*, 1906, p. 369 pense qu'il faudrait plus exactement *quemadmodum si altera (quum esset praeterita) amisisset (querelam)*.

Admittere a été souvent signalé comme l'indice d'un byzantinisme. Mais c'est surtout la construction *admittere ut audiatur* qui ne nous paraît guère correcte chez un classique¹⁾. *Agendo de inofficioso*! Il faut avouer que si ce passage était de Paul celui-ci n'aurait pas usurpé la réputation d'écrivain médiocre qui a longtemps été la sienne²⁾.

Quant au fond, la proposition est trop générale, car il n'est pas douteux que l'omise pourrait agir contre sa soeur instituée, si cette dernière empiétait sur sa légitime. Nous inclinons donc à voir dans la phrase *sed non admittendum* un raccord malheureux avec la solution classique³⁾.

Le texte se poursuit d'ailleurs par une incidente, qu'on s'accorde à reconnaître interpolée:

Praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit.

Il n'est pas douteux en effet qu'il y a là une anticipation inopportune sur la suite du fragment. On veut prouver que la plainte d'inofficiosité ne doit être formée que contre l'*extraneus* pour la moitié et non contre la soeur inscrite, qui garde la part pour laquelle elle a été instituée. C'est une platitude que de dire que celle qui a fait adition de l'hérédité testamentaire ne peut être assimilée à une renonçante⁴⁾.

Et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat.

Au point de vue du fond, si l'on fait abstraction de tout le

¹⁾ V. Guarneri Citati, *Indice*, h. v° et surtout le relevé de textes de Pringsheim, *Z. Sav. St.* 42, 1922, p. 326 et n. 3. Au *Vocabularium iur. rom.* on rencontre souvent *admittere hoc* ou *illud ut...*, mais une seule fois *admittere ut*, chez Ulpien, *Dig.* 38, 17, 1, 10.

²⁾ Cp. pour des raisons différentes Naber, *op. cit.* p. 369, n. 2-3.

³⁾ En sens différent, Gradenwitz, *op. cit.* p. 124 n. 14.

⁴⁾ Cp. *infra*: *nec enim — deferri* et Eisele, *op. cit.* p. 297: „Hier passt (der Gedanke) wie die Faust aufs Auge" et les raisons de cette attraction. Cp. Gradenwitz et Naber, *loc. cit.* Beseler, *op. cit.* IV, p. 233, ajoute que rien dans la donnée n'indique que l'instituée a fait adition d'hérédité. Observons cependant que s'il fallait admettre que la *querela* a été dirigée également contre l'instituée, cela impliquerait que l'adition a bien été faite, *quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela* (Ulpien, *Dig.* 5, 2, 8, 10).

passage *itaque* — *adiit*, la proposition *et ideo* — *pertineat* se rattache parfaitement à la première proposition de Paul *respondi* — *habitura esse*. La solution de Paul comprend ainsi des termes bien nets et bien liés: l'omise ne devra réclamer que sa part *ab intestat*, elle ne pourra la réclamer qu'à l'*extraneus* ¹⁾.

Cette interprétation se trouve confirmée par une scolie grecque du Papyrus de Heidelberg 1272 (glose III) ²⁾ dans laquelle nous voyons un résumé de la réponse de Paul: σῆμο ηνικα γραφη εξώτικος κληρονομος εις ε ουγκιας η εις πλεον ο κινων την *de inofficioso* ³⁾ ουκ απο των δυο κληρονομων λαμβανει το ανηκον αυτω αλλ απο μονου του εξωτικου ωσπερ εστιν επι τουτου του θεματος ⁴⁾.

„Note que quand un *extraneus* est inscrit héritier pour six onces ou plus, celui qui intente l'(action) d'inofficiosité ne prend pas ce qui lui est dû des deux héritiers mais du seul *extraneus*, comme il est dit dans ce thème.

¹⁾ En thèse, l'omise devrait, semble-t-il, réclamer sa part aux deux institués, mais pour éviter un nouveau recours de la soeur inscrite contre l'*extraneus*, on simplifie *utilitatis causa*, en ouvrant directement à l'omise l'action contre l'*extraneus* conformément à l'avis de Pegasus, approuvé par Ulpien, *Dig.* 5, 4, 1, 3. Cp. aussi dans une hypothèse différente, Ulpien s'appuyant sur Papien pour rejeter l'accroissement entre les légitimaires (*Dig.* 5, 2, 8, 8.) De deux fils exhérédés, l'un néglige d'agir, l'autre ne pourra agir que pour sa part: *et si dicam inofficiosum non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere*.

²⁾ Le P. Heid. 1272 a été publié par MM. Gerhard et Gradenwitz dans le *Philologus*, 62, 1903, p. 95 ss. avec une reproduction photographique insérée entre les pp. 160 et 161 (cp. l'édition provisoire de Gradenwitz, *Z. Sav. St.* 23, 1902, p. 458—59). Nous nous proposons de décrire plus loin ce papyrus et de revenir sur la question de sa date et de sa relation avec le Digeste (*infra*, p. 481, n. 2).

³⁾ Il y a là un nouvel exemple de la désignation des actions sans *actio* ni *iudicium*, dont M. Collinet a montré le caractère byzantin (*Nouv. Rev. Hist. de Dr.* 34, 1910, p. 158—59). V. Nov. 18, c. 1—2; Nov. 129, c. 3 etc. Cette tournure rapproche davantage notre glose III des scolies des fragments du Sinaï (v. ll. 17, 22, 23 et Collinet *N. R. H.* 33, 1909, p. 191) que des scolies anciennes des *Basiliques*, qui, bien que tirées des commentateurs du VI^e s. appellent la *querela inofficiosi* 'η δειννοφικίωσο μέμψις, cp. Gradenwitz, *op. cit.* p. 123.

⁴⁾ Gerhard, *Philol.* 62, p. 111 traduit par *in hoc casu*. Si nous hésitons à le suivre, c'est que pour les juristes du VI^e s. les *θέματα* sont des divisions d'ouvrages et correspondent normalement dans la compilation à nos paragraphes.

Sans doute le scoliaste a-t-il dégagé l'hypothèse des détails qu'elle comporte dans le frg. de Paul; mais il souligne que le *querelans* ne peut réclamer la part qui lui revient que de l'ἑξώτικος ou *extraneus* institué. La même solution se retrouve au *capitulum* des Basiliques 39, 1, 15, emprunté sans doute à l'Anonyme ¹⁾.

Certes, au point de vue de la forme, le passage *et ideo — pertineat* n'est pas absolument irréprochable. *Defendendum* peut paraître suspect à ceux qui pensent que *potest defendi* est familier aux Byzantins ²⁾. La phrase *quasi semis totus ad hanc pertineat* soulève quelque difficulté ³⁾, car on ne voit pas tout de suite que *ad hanc* se rapporte à l'omise. Sans doute, les mots *filia praeterita* étaient-ils plus rapprochés dans le texte pur. Nous inclinons cependant à attribuer ce passage à Paul au moins quant au fond. Les retouches de pure forme qu'il a pu subir s'expliqueraient alors par les remaniements précédents et la pénétration dans le texte d'une discussion post-classique.

Mais l'*extraneus* institué gardera-t-il quelque chose? Paul, qui vient de limiter la réclamation de l'omise à la moitié de la succession, va spécifier que le testament ne tombera pas en entier. L'idée de la rescision partielle du testament inofficieux est admise malgré le *color insaniae* sur lequel repose l'action d'inofficiosité devant le tribunal des C. virs ⁴⁾.

¹⁾ Heimbach, IV, p. 21: κατὰ τοῦ ἑξωτικοῦ μόνου κινεῖ ὁ παραμεληθεὶς, καὶ λαμβάνει τὰς ἑξ οὐγκίας = *adversus extraneum solum agit praeteritus, et consequitur semissem*.

²⁾ Guarneri Citati, *Indice*, v° *defendere*, p. 96 et 140. Cp. Ed. Cuq. *Manuel*, p. 802, n. 8.

³⁾ D'après Eisele, *op. cit.* p. 297, il y a là une platitude, qui a en outre l'inconvénient de laisser croire que l'omise pourrait avoir moins que la moitié.

⁴⁾ L'idée du *color insaniae* n'est pas étrangère au scoliaste du frg. 17, § 1. P. Heid. glo. I b: δοκεῖ γὰρ οὗτος ὡς μαινόμενος διατιθεσθαι. Le désaccord entre le *color insaniae* et la rescision partielle est bien marqué par *licet*. Nous inclinons à penser, à la suite d'Eisele, que le système de la rescision partielle s'est d'abord constitué dans la *querela* extraordinaire, plus souple que la *querela* centumvirale, mais sur laquelle elle a par la suite réagi. Si, en effet, on ne veut voir dans la *querela inofficiosi testamenti* qu'une formation jurisprudentielle propre au C. virs et si on soutient que dès le principe les C. virs ont pu proportionner le remède au mal, sans appliquer la nullité radicale découlant logiquement du prétexte de folie, on ne comprend plus

Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur.

Ici encore, on peut relever quelques indices de suspicion au point de vue de la forme ¹⁾: *secundum quod* ²⁾, *intestata* se rapportant de bien loin à *mater*. Cependant, à la rigueur, l'observation pourrait, au moins en substance, venir de Paul lui-même, dans la mesure où la question posée tendait à savoir si la fille inscrite n'était pas exposée à voir le testament tomber en entier.

Le texte pourrait s'arrêter là, mais la discussion rebondit:

Ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri.

Quel raisonnement opposer à ceux qui seraient tentés de soutenir que le testament argué d'inofficiosité est totalement rescindé? On fera valoir, nous dit le texte, que la possibilité reste ouverte à l'instituée de faire adition de l'hérédité ab intestat. En acceptant la succession testamentaire, elle n'entendait pas en effet répudier éventuellement la succession légitime. En d'autres termes, la fille instituée du frg. 19, bien qu'elle ne prenne pas part à la *querela*, ne saurait être traitée comme le fils exhérédé du frg. 17, pr., parce qu'elle n'a pas comme ce dernier l'*animus repudiantis* ³⁾.

pourquoi on a eu recours à ce prétexte, à cette fiction, pourquoi l'*officium pietatis* n'a pas été sanctionné sans ce détour.

¹⁾ On pourrait être tenté de remarquer qu'il était inutile de dire que le testament n'est pas infirmé pour le tout, car le texte vient de préciser que l'omise ne peut réclamer que la moitié de la succession, cependant il importe de savoir à quel titre viendra l'instituée, *infra* p. 473, n. 1.

²⁾ Guarneri Citati, *h. v. °*, adde Beseler, *op. cit.* II, p. 23.

³⁾ Paul *libro II^o quaestionum*, Dig. 5, 2, 17 pr.: *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent in-*

A notre sens, ces considérations n'ajoutent rien aux propositions précédentes, qui dégagent nettement le principe de la rescision partielle du testament inofficieux. Le raisonnement ne nous paraît pas d'ailleurs d'une grande fermeté juridique. Il se réduit à un à peu près indigne de Paul. De ce que l'instituée pourrait encore accepter la succession *ab intestat*, ne découle nullement la nécessité logique de la considérer comme *heres scripta*. Bien au contraire, on devrait décider que la soeur instituée ne pourra venir à la succession que comme héritière *ab intestat*. Or, la situation est bien différente pour elle et pour l'*extraneus* dans les deux cas¹⁾.

testatum, crediderint. Ainsi Paul dégage le principe: si, en cas de pluralité de légitimaires, l'un d'eux manifeste sa volonté de répudier en négligeant d'exercer la *querela*, sa part accroîtra à ceux qui agissent. Cp. *Dig. h. t.* 23, 2 et P. Heid. glo. Ib: μέγος οὐ ποιεῖ. Et le jurisconsulte fait une espèce: si de deux exhérédés un seul formait la plainte d'inofficiosité et obtenait gain de cause, il serait considéré comme le seul enfant vivant du *de cuius* et la sentence des C. vrs serait revêtue de l'autorité de la chose jugée, soit à l'égard de l'héritier institué invoquant l'existence d'un autre légitimaire pour refuser d'accomplir la sentence, soit plutôt à l'égard de l'autre légitimaire se ravisant et venant réclamer sa part *ab intestat*. Mais cette interprétation n'est possible que si on fait abstraction de l'incidente *quia — vindicasset*. Ici encore, la façon dont est introduit un raisonnement qui va à l'encontre de la solution proposée a éveillé de sérieux soupçons; v. Faber, *Rationalia, ad. h. l.*, Lenel, *Palingenesia*, n°. 1279 (glose *quia — vocatur*) Gradenwitz, *Philol.*, 62, p. 116—17, a montré que toute la phrase *quia — vindicasset* heurte aussi bien l'harmonie de la construction (*vindicasset* après *ageret*!) que celle de la pensée, car si celui qui n'agit pas, *repudiantis animo*, ne compte pas, comment empêcher l'autre de réclamer toute l'hérédité *ab intestat*? En ce sens, Naber, *loc. cit.*, p. 367. *Successionem* pour *hereditatem*, *universam* pour *totam* laissent deviner une main byzantine. Gradenwitz pense que la formule *et ideo universam hereditatem non recte vindicasset* provient de la finale du frg. 19: *non recte totam hereditatem praeteritam vindicare*. Cette observation n'implique pas à notre sens que la finale du frg. 19 est pure, v. *infra* p. 475. En revanche, elle rend vraisemblable l'assertion d'après laquelle les deux passages se suivraient de près dans le livre II des Questions de Paul, sans qu'on puisse, à notre avis, les combiner en un seul *responsum*, comme a tenté de le faire Naber, *loc. cit.*, p. 368. Sur l'origine du remaniement du frg. 17 pr. et la glo. Ia du P. Heid. v. *infra*, p. 483 s.

¹⁾ *Heres scripta*, elle n'a qu'un quart de la succession et la charge des legs, un quart restant à l'*extraneus* institué; héritière *ab intestat*, elle a la moitié de la succession sans charge, l'*extraneus* étant totalement dépouillé, cp. Labbé, *op. cit.*, p. 638 et 643. Après la Nov. 115 la *querela* n'atteindra plus que les institutions d'héritiers, les legs subsisteront à la charge des légitimaires.

Et il ne suffit pas de dire que l'omise ne gagnerait rien à la rescision totale du testament pour expliquer que le testament n'est écarté qu'en partie ¹⁾.

D'autre part, la question ne saurait se poser de savoir si l'instituée *quae ex testamento adiit* peut être considérée comme ayant répudié une succession *ab intestat quam quidem nescit sibi deferri*. En réalité, si elle ne peut être considérée comme renonçante ce n'est pas, à proprement parler, parce qu'elle ignore que la succession légitime lui est dévolue, mais c'est en réalité parce que cette succession ne sera ouverte qu'après le triomphe du *querelans* et qu'on ne peut renoncer à une succession non ouverte.

La langue même du passage décèle un remaniement. *Ceterum* est une cheville familière aux Byzantins ²⁾. L'emploi de *quis* pour désigner quelqu'un qui examine un cas serait fréquent dans des textes interpolés ³⁾. *Dicendum est* a été signalé comme suspect ⁴⁾. Et la construction *ceterum si . . . nec enim . . . quam quidem*, etc., ne saurait guère passer pour classique.

La suspicion qui pèse ainsi sur ce développement ne peut être qu'aggravée par les termes trop généraux de l'argument *a fortiori* destiné à le compléter :

Cum et hi qui sciunt ius suum, eligentes id quod putant sibi competere ⁵⁾, non amittant.

Cette considération générale est aussitôt illustrée d'un exemple tiré de la *bonorum possessio contra tabulas* donnée au patron à l'encontre du testament de son affranchi ⁶⁾ :

¹⁾ Si malgré la présomption que le défunt ne jouissait pas de toutes ses facultés mentales, la solution la plus favorable à la soeur instituée n'a pas été admise, c'est apparemment parce que celle-ci étant remplie de sa quarte, les volontés du défunt doivent être respectées dans la mesure où elles n'empiètent pas sur les légitimes. Mais les exigences de l'*officium pietatis* et le respect des dernières volontés du testateur n'ont pu, à notre sens, se concilier parfaitement que dans un système indépendant du *color insaniae* plus souple que celui de la *querela centumvirale*, *supra*, p. 467 n. 3.

²⁾ Guarneri Citati, *h. v.*

³⁾ Beseler, *op. cit.* IV, p. 232.

⁴⁾ Haymann, *Z. Sav. St.*, 40, p. 301.

⁵⁾ *Competere* au sens de *προσῆκειν* „ein justinianisches Lieblingswort" d'après Beseler, I, p. 114.

⁶⁾ Gaius, III, 41. — Ed. Cuq, *Manuel*, p. 717. Van Wetter, *Pandectes*, V,

Quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est ¹⁾: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse.

La finale se présente comme une conclusion d'ensemble:

Ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis.

Cette finale trouve grâce devant Beseler ²⁾ qui, d'ailleurs toujours aussi avare d'explications, met entre crochets tout le *responsum*: *filia praeterita — ex quibus apparet* et n'en laisse subsister que la dernière phrase. Cette reconstitution ne nous paraît guère d'accord avec l'observation de cet auteur que les mots *ex quo (quibus) apparet* servent le plus souvent à amorcer une glose ³⁾. Si d'ailleurs toute la réponse de Paul à la question posée consistait à dire que l'omise n'a pu régulièrement revendiquer le tout, le texte devrait porter *vindicasse* et non *vindicare*. Nous ne croyons donc pas que ce résumé final soit de Paul. Il se borne à répéter un argument déjà fourni et peu convaincant. Et surtout, il insiste sur la rescision totale développée dans des passages suspects et passe sous silence l'idée capitale pour le jurisconsulte classique, à savoir que la soeur omise ne peut réclamer que la moitié de la succession ⁴⁾.

* * *

L'examen critique de la loi *Mater* nous a conduit à constater de larges remaniements dans la réponse de Paul. A travers les complications, les obscurités et les contradictions du texte nous croyons en discerner le fond classique. La fille omise ne pourra intenter la *querela inofficiosi* que pour sa part *ab intestat*. Cette

p. 378, n. 23. Le patron oublié dans le testament de son affranchi a la *b. p. contra tabulas*. Mais dans la croyance erronée que l'affranchi lui a laissé un legs le remplissant de sa légitime, il a accepté le testament de l'affranchi. Son erreur ne lui fera point perdre la *b. p. contra tabulas*.

¹⁾ *Amplecti* au sens figuré est un indice de suspicion, d'après Appleton, *Interpolations*, p. 82; cp. *Cod. Just.* 6, 61, 8, 6a.

²⁾ *Beiträge*, IV, p. 233.

³⁾ Cp. Guarneri Citati, v° *adparere*. V. aussi sur *recte* Guarneri Citati, *h. v°* et Pringsheim, *Z. Sav. St.* 42, 1921, p. 663.

⁴⁾ Cp. Eisele, *loc. cit.* p. 299.

part, elle ne pourra la réclamer qu'à l'*extraneus* institué, le testament n'étant rescindé que pour partie. La difficulté maîtresse vient de ce que l'auteur du *Responsum* paraît perpétuellement argumenter contre lui même d'une façon aussi embarrassée dans la forme que peu décisive dans le fond et de ce que l'idée de la possibilité d'une rescision totale, émise de la façon la plus inattendue, rompt le développement de la pensée, et abandonnée puis reprise, obscurcit la solution proposée¹⁾.

La difficulté ne nous paraît pas avoir été résolue par les conciliations, les combinaisons, les distinctions subtiles ou arbitraires proposées par les glossateurs, les postglossateurs et les pandectistes. On a vainement tenté d'expliquer notre *crux* en la considérant comme un texte homogène. Une méthode plus radicale s'imposait. Le président Favre avait fort bien vu que les passages impliquant la possibilité d'une rescision totale du testament ne pouvaient exprimer l'opinion de Paul²⁾. Mais la façon dont ils sont insérés dans le texte ne permet même pas de penser que le jurisconsulte exposait et discutait ici une opinion classique contraire à la sienne. Les incidentes et les contradictions qui surchargent la solution viennent en réalité des Byzantins. Il nous reste maintenant à rechercher pourquoi et comment ceux-ci ont procédé à des remaniements que décèle l'examen juridique et philologique de notre fragment.

Cette explication doit être recherchée, à notre sens, non dans une réforme législative due à Justinien, mais dans le caractère scolastique que revêt le texte remanié. Ce caractère résulte nettement du tour donné à la réponse de Paul par les observations qui s'y sont greffées. La question est développée, déformée en dehors de son cadre primitif bien déterminé³⁾. La discussion

¹⁾ Il faudrait donc considérer comme classique: *Mater — habitura esset, et ideo, pertineat* (au moins quant au fond) et peut être *secundum quod — damnetur*, et comme postclassique [*itaque dici potest — adiit*] et [*ceterum si quis jusqu'à la fin.*]

²⁾ *Rationalia*, ad h. l.: „*Ergo quod scribitur in hoc versiculo non ex Pauli sententia scriptum videri debet, sed potius ex aliorum si qui essent qui sic ratio cinari et sentire vellent*”.

³⁾ Cp. Rotondi, *Scritti Giuridici*, I, p. 449 qui considère comme suspect de remaniements post-classiques *così pure tutti quei casi in cui l'esame di una fattispecie determinata sembra svolgersi attraverso digressioni su questioni più o meno analoghe*.

s'amplifie, envisageant tour à tour la thèse et l'antithèse. L'incidente *itaque dici potest*... nous met ainsi en présence d'une hypothèse purement théorique. Et dans le développement final depuis *ceterum si quis putaverit*..., le raisonnement consistant à dire que l'adition d'une hérédité testamentaire ne saurait être considérée comme impliquant renonciation éventuelle à la succession *ab intestat*, la digression dans le domaine voisin mais cependant bien distinct de la *bonorum possessio contra tabulas liberti* ne s'expliquent de façon satisfaisante que par des préoccupations didactiques.

Mais pourquoi, dira-t-on, ne pas attribuer ces discussions et ces rapprochements au maître classique? Les *Quaestiones* de Paul ne sont-elles pas précisément un recueil de questions théoriques à l'usage de l'enseignement du droit? — C'est qu'en dehors des considérations de style et de logique qui ne permettent pas d'attribuer à Paul tout le frg. 19, il ne faut pas perdre de vue les traits qui distinguent le génie des jurisconsultes classiques et la manière des juristes byzantins. Le génie classique se caractérise par l'analyse serrée et précise, en même temps que pénétrante, de questions concrètes. Les Byzantins, au contraire, ont une prédilection marquée pour les constructions doctrinales et les discussions théoriques¹⁾. N'est-ce pas cette tendance qui a ôté à la réponse de Paul sa fermeté et sa netteté premières?

On ne saurait d'autre part trop insister sur le rôle de la renaissance des études juridiques dans les écoles du Ve et du premier tiers du VIe siècle²⁾. A cet égard, les progrès de la critique des textes ont de plus en plus mis en lumière l'influence de l'Ecole sur l'oeuvre de Justinien. La recherche des interpolations a conduit à reconnaître dans les textes reçus dans la com-

¹⁾ Ed. Cuq, *Manuel*, p. 48-50. Cp. Rotondi, *op. cit.*, p. 442.

²⁾ A la littérature citée dans notre *Denuntiatio sous le Principat*, p. 249, n. 37, adde Schemmel, *die Schule von Berytus*, *Philol. Wochenschrift*, 10 mars 1923, col. 235-40. On attendra avec intérêt l'ouvrage que M. Collinet doit publier incessamment sur l'enseignement du droit à Beyrouth, et dont certains points ont déjà fait l'objet de communications diverses (v. *Comptes-rendus de l'Ac. des Inscr. et B.-L.*, 1921. Conférences d'Oxford, 1922. Communication au Congrès historique de Bruxelles, 1923, v. *Rev. Hist. Dr.*, 1923, p. 446-47 et Communication au 1er Congrès des Etudes byzantines, Bucarest, avril 1924).

pilation des remaniements dont on ne soupçonnait naguère ni le nombre ni l'étendue. Mais cette constatation même a soulevé un problème nouveau: comment concilier l'importance des interpolations et le fait que trois années ont suffi à la confection du Digeste? M. Peters¹⁾ a dépassé le but en admettant que les commissaires de Justinien s'étaient bornés à retoucher une compilation post-classique privée, faite en vue de l'enseignement, dans laquelle se seraient trouvés déjà choisis classés et remaniés les extraits des jurisconsultes classiques. L'hypothèse du „Prédigeste” n'a pas tardé à être ruinée²⁾.

Un de ses plus vigoureux adversaires, Rotondi, a plus heureusement recherché la clef de l'énigme dans les précédents scolastiques des réformes de Justinien³⁾. Il a, à notre sens, rendu vraisemblable, l'idée que la plus grande partie des retouches apportées aux textes proviennent des transformations de la doctrine dans les écoles du Ve siècle, de l'élaboration dans ces écoles d'un appareil de gloses constatant, signalant les conceptions nouvelles, et de la réception finale de cet appareil de gloses dans les textes par les compilateurs. Cette suggestion a eu en Italie le plus vif succès et a donné une impulsion nouvelle à l'école italienne de critique historique et philologique⁴⁾. De son côté et avant la publication des notes posthumes de Rotondi, M. Paul Collinet a présenté une conception originale des sources scolastiques de la compilation⁵⁾.

Un examen plus attentif des éléments non classiques de la compilation permet de faire parmi ces éléments des distinctions

¹⁾ *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten* (Berichte d. k. Sächs. Ges. d. Wiss. Phil.-Hist. Kl. 1913).

²⁾ V. notamment Mitteis, *Z. Sav. St.* 1913, p. 402-416, Rotondi, *Sul modo di formazione delle Pandette* (a proposito di una nuova ipotesi) dans le *Filangieri*, 38, 1913, p. 653 ss. = *Scritti Giuridici*, I p. 85 ss. Cp. Monnier et Platon, *Meditatio de nudis pactis*, p. 133-34, n. 2.

³⁾ V. surtout les notes posthumes de Rotondi publiées par M. Arangio Ruiz, sous le titre *Precedenti scolastici delle riforme di Giustiniano* dans *Scritti Giur.* I, p. 437-52.

⁴⁾ La tendance nouvelle se retrouve à chaque pas dans les travaux de M. M. Riccobono, Albertario, de Francisci, Solazzi, Biondi, etc.

⁵⁾ *The General problems raised by the codification of Justinian* (conférences faites à l'Université d'Oxford et publiées dans la *Revue hollandaise d'histoire du droit*, 1922). Cp. *infra*, p. 482.

dont on ne saurait méconnaître l'intérêt pour l'histoire des institutions et des idées juridiques au Bas-Empire. Il convient en effet de ne pas confondre les innovations directement réalisées par les compilateurs par voie d'interpolations qu'on pourrait plus spécialement désigner avec M. Collinet du nom de tribonianismes, les remaniements préparés, avant la compilation, surtout par l'Ecole, à telles enseignes que les compilateurs se sont bornés à les recevoir matériellement dans la compilation (tribonianismes d'origine scolastique et préjustinienne, auxquels *brevitatis causa* on pourrait donner le nom de „scolasticismes”) et enfin les remaniements antérieurs à la compilation (gloses postclassiques et interpolations préjustiniennes proprement dites)¹⁾. Or il semble que l'importance des tribonianismes soit moindre et celle des altérations préjustiniennes ou d'origine préjustinienne plus grande qu'on ne l'avait d'abord pensé. En d'autres termes, la présomption attribuant aux compilateurs toutes les transformations attestées par les remaniements des textes classiques semble devoir être modifiée en faveur des juristes byzantins qui les ont précédés²⁾. On s'explique dès lors à la fois le rapide achèvement de la compilation et l'étendue des apports byzantins qu'elle contient.

Quelle est donc la nature exacte des remaniements de notre frg. 19? Leur caractère scolastique, leur forme didactique³⁾ ne nous inclinent pas à y voir des tribonianismes au sens strict. Il nous paraît, en effet, peu vraisemblable qu'un législateur pressé par le temps se soit complu à composer et à ajouter à la solution de Paul des discussions et des digressions ne présentant qu'un intérêt théorique.

Une bonne méthode pour reconnaître l'origine préjustinienne

¹⁾ V. sur la terminologie et la méthode, Schulz, *op. cit.* p. 18 ss. et notamment sur les interpolations préjustiniennes, p. 38-40, avec la littérature antérieure à 1916. — Cp. Koschaker, *Z. Sav. St.* 37, 1916, p. 325 ss. (mais en sens différent Haymann, *Z. Sav. St.* 38, 1917, p. 209). Collinet *op. cit.*, p. 18 ss. Albertario, *In tema di alterazioni pregiustinianee*, *D.* 5, 4, 3. *Paul 17 ad. Plaut.* (Pavia, 1921) et *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 33, 1923, pp. 27, 39, 47-49. Solazzi, *Archivio Giuridico*, 89, 1923, p. 92-93 et 248 ss. C'est pour tenir compte des observations de terminologie présentées par ce dernier auteur que nous parlons de tribonianismes d'origine scolastique et préjustinienne.

²⁾ Cp. Rotondi, *Scritti*, I, p. 442, II, p. 411 et Collinet, *op. cit.* p. 18.

³⁾ „*L'intonazione cattedratica*” selon l'expression d'Albertario, *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 33, 1923, p. 21.

d'un passage non classique consiste à rechercher les indices positifs qui empêchent d'attribuer ce passage à l'initiative des compilateurs. A cet égard nous observons que Paul, au moins dans cette décision particulière telle que nous l'avons restituée quant au fond, rejette indirectement l'accroissement entre légitimaires en matière de *querela inofficiosi*. Or, il semble bien que les commissaires de Justinien ont adopté et même généralisé cette solution. S'il en est ainsi, ils n'avaient aucune raison d'en discuter l'exactitude et d'envisager la possibilité pour l'omise de réclamer et d'obtenir toute l'hérédité quand elle est seule à agir ¹⁾.

Nous croyons donc que les discussions d'école qui sont venu compliquer et obscurcir le texte de Paul sont des additions préjustiniennes ou au moins d'origine préjustinienne ²⁾. Il est plus difficile de préciser davantage.

S'agit-il de gloses post-classiques? S'il faut, avec la terminologie courante, réserver ce nom à des altérations provenant de l'incorporation involontaire au texte classique d'annotations marginales ou interlinéaires postérieures, nous estimons que les gloses de la loi *Mater* sont trop longues pour que leur pénétration dans le texte puisse s'expliquer par l'inadvertance d'un copiste ³⁾.

¹⁾ Les textes sont en désaccord sur la question de l'accroissement en cas de pluralité de légitimaires. Le *ius accrescendi* est admis par Papinien, *Dig.*, 5. 2. 16, pr. et Paul, h. t. 23, 2. Le même Paul semble au frg. 17 pr., h. t. n'admettre l'accroissement que si le légitaire a l'intention de répudier. Le *ius accrescendi* est écarté par Ulpien, *Dig.*, 5, 8, 8 (Trib. ?) et Papinien, *Dig.* 44 2, 29, pr. Les compilateurs ont reçu au Digeste des textes contradictoires. Cp. Naber, *op. cit.* p. 370. Il semble qu'ils ont penché pour le rejet de l'accroissement en matière de *querela* au moins dans le cas où le légitaire inactif n'a pas l'*animus repudiantis* (arg. *Bas.* 39, 1, 8, scol. 16 et *Bas.* 39, 1, 19, scol. 2). Observons qu'au contraire le *ius accrescendi* entre patrons joue sans réserves en matière de *B. P. contra tabulas liberti* (Ulpien, *Dig.* 38, 2, 21).

²⁾ On s'en étonnera d'autant moins que les *Quaestiones Pauli* paraissent avoir été abondamment glosées, comme le montre le tableau dressé par de Francisci, *Συναλλαγμα* I, p. 138 ss. On en trouverait une preuve saisissante dans le remaniement du fameux frg. 5 tiré de Paul *libro quinto quaestionum*, *Dig.* 19, 5 dans lequel a été incorporé tout un *tractatus* sur la *datio ob rem*. Cp. Beseler, II, p. 161 ss. et de Francisci *op. cit.* p. 138 s., 169 s. 203 s. 228 s.

³⁾ Nous croyons, à la suite de Rotondi, *Scritti*, I p. 450 qu'on a tendance à exagérer le rôle de l'invasion automatique de longues gloses dans les mss. et à perdre de vue que les Anciens devaient être exercés à distinguer le texte de son appareil de gloses ou de scolies.

Il s'agit plutôt d'un remaniement volontaire. Dans ce cas, deux éventualités se présentent. On peut, en premier lieu, penser à une véritable interpolation préjustinienne. Certes cette interpolation n'implique pas une modification aux conclusions de Paul, une innovation portant sur le fond du droit. Le texte a pu être simplement altéré par une paraphrase scolaire. Le principe de la rescision partielle du testament, le rejet du *ius accrescendi* n'ont paru aux maîtres byzantins ni assez clairs ni assez bien établis. Ils ont crû devoir les expliquer et les justifier en complétant la discussion de Paul et les compilateurs ont ensuite reçu au Digeste, sciemment ou non, le texte ainsi altéré.

Ou bien, et c'est la deuxième éventualité à considérer, les compilateurs ont-ils matériellement réalisé eux-mêmes l'interpolation en incorporant au texte la discussion, dont tous les éléments étaient déjà en forme dans une glose scolastique. Jugeant le *responsum* de Paul insuffisamment explicite, ils ont crû en renforcer l'autorité, en empruntant à l'Ecole une argumentation, sans doute mentionnée en marge des mss. qu'ils avaient sous les yeux.

Peut-être pourrait-on cependant serrer de plus près la genèse du remaniement du frg. 19, en partant, d'une part, de la conception des interpolations préjustiniennes présentée par M. Colliet¹⁾, et, d'autre part, d'une révision du Papyrus de Heidelberg 1272, dans lequel on voit communément un fragment d'un exemplaire du Digeste muni de scolies²⁾. Mais étant donné le caractère

¹⁾ V. les conférences d'Oxford, 1922, déjà citées, cp. *Rev. Hist. Dr.* 1923, p. 446—47, et les réserves de Solazzi, *Arch. Giur.* 89, 1923, p. 248 ss.

²⁾ C'est un fragment de papyrus sur lequel on discerne quelques lettres ou groupes de lettres latines. M. Gerhard y a d'abord vu une petite semi-onciale du VI^e ou VII^e siècle. Mais la découverte ultérieure d'un autre petit fragment lui a permis finalement d'y reconnaître une belle onciale du genre de celle des fragments de Pommersfelden. Ces lettres latines correspondent au recto à des fins de lignes et au verso à des commencements de lignes d'un texte latin. En face, occupant la majeure partie du fragment principal qui nous est parvenu, sont disposées des scolies marginales en grec, provenant de mains différentes. Au recto, deux scolies de la même main (glo. Ia et Ib) et une autre d'une main différente (glo. II). Au verso, une seule scolie, d'une troisième main (glo. III), écrite d'une onciale grecque plus claire que les précédentes. L'éditeur a renoncé à déterminer l'âge de ces différentes annotations. Se fondant surtout sur le contenu de ces scolies, les éditeurs ont patiemment recherché si les lettres et les syllabes latines qu'ils avaient réussi à déchiffrer pouvaient

actuel des suggestions dues à M. Collinet et l'indigence des vestiges du P. Heid., nous ne saurions avoir ici d'autre dessein que d'émettre une hypothèse nouvelle et de poser des points d'interrogation auxquels on ne pourra répondre, en quelque sens que ce soit, sans fournir des indications utiles à la critique des textes.

M. Collinet estime que le nombre des interpolations préjustiniennes est plus considérable qu'on ne l'admet communément. La source de ces remaniements serait la littérature juridique du Ve siècle, principalement représentée par des collections de scolies grecques sur les ouvrages classiques dues surtout aux maîtres oecuméniques de la brillante Ecole de Béryte. Les compilateurs se seraient le plus souvent bornés à retoucher les textes classiques en s'inspirant de ces scolies grecques ou en les traduisant en latin.

Peut-être est-il possible de vérifier dans une certaine mesure cette conception. Nous avons vu en effet qu'un frg. tiré du même passage des *Quaestiones Pauli* a subi une altération qui présente certaines analogies avec celles du frg. 19. Ce frg. est devenu la loi 17 pr. *Dig.*, 5, 2¹). On sait que, d'après ce texte, si de deux légitimaires l'un n'a pas participé, *repudiantis animo*, à la plainte d'inofficiosité, sa part accroît au *querelans*. Ce dernier est considéré comme le seul légitimaire existant. Mais cette proposition est contredite par une incidente qui grammaticalement semble venir à son appui: *quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam heredi-*

se retrouver-dans des textes du *Dig.* au titre *de inofficioso testamento*, à des intervalles tels qu'elles correspondissent à peu près aux fins et commencements des lignes d'écriture latine. Ils ont été ainsi amenés à conclure que ces scolies se rapportaient aux frg. 17 et 19 de Paul, *libro II quaestionum*. *Dig.* 5, 2 et que le texte latin ainsi annoté n'était autre que celui du *Dig.* promulgué, depuis la fin du frg. 16. pr. jusqu'à la fin du frg. 19, ont ils tout d'abord pensé, depuis le commencement du frg. 17 jusqu'un peu au-delà du milieu de la loi 19 estime M. Gerhard après une deuxième reconstitution. Abstraction faite des divergences qu'on peut relever entre la première lecture (*Philol.* 62, p. 96 ss.) et la deuxième (*Philol.* 66, 1907, p. 478-79) et du caractère toujours problématique des détails de la restitution d'après M. Gerhard lui-même, nul n'a douté qu'il ne s'agisse bien de scolies post-justiniennes sur un exemplaire du Digeste (Krueger. *Quellen*², p. 429. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, 1916, p. 5 et 16; P. F. Girard, *Textes de Droit Rom.*³ p. 609.

¹) V. *supra* p. 472, n. 3.

tatem non recte vindicasset. La révision des scolies du P. Heid. rapportées au frg. 17 nous paraît de nature à éclairer d'un jour nouveau l'origine des remaniements de ce texte. Or le lien des frg. 17 et 19 dans l'ouvrage de Paul était vraisemblablement tel que les indications qu'on pourra tirer des remaniements du frg. 17 ne sauraient manquer d'être instructives pour la critique du frg. 19.

La glose Ia du P. Heid. se présente comme suit :

¹ μέρος ου ποιει ² n]on recte τυχον γαρ [||³ κατ]α περιδρομην εν... ο [||
⁴]ασεν εσιν ||⁵ κω]λυει αυτον κινησαι [εις] ||⁶ ολοκληρον.

La déchirure du papyrus ne laisse subsister aucun vestige du texte latin en marge duquel a été écrite cette scolie. Or, l'un des éditeurs, le philologue Gerhard, a été amené par des considérations tirées de la disposition externe de la glose Ia à se demander si l'incidente (*quia rescisso testamento — vindicasset*) se trouvait bien dans le texte latin annoté¹). Il conclut à la négative. Pour lui, le scoliaste après avoir fidèlement traduit la solution de Paul admettant l'accroissement (μέρος οὐ ποιῇ = *partem non facit*), présente dans les lignes 2 à 6 une objection qu'il est possible de restituer en substance. Le scoliaste s'oppose à l'admission de l'accroissement dans la crainte qu'un légitimaire puisse éventuellement (τυχὸν γάρ) frustrer par ruse son co-légitimaire, soit en agissant à son insu, soit en le circonvenant (κατὰ περιδρομήν). En conséquence, il lui refuse le droit d'agir pur le tout (κω]λύει αὐτὸν κινησαι [εις] ὁλόκληρον). Dans cette opinion, la glose Ia nous mettrait en présence d'une objection originale du scoliaste.

Bien que sur ce point M. Gerhard n'ait pas entraîné l'adhésion de M. Gradenwitz²), nous voudrions reprendre ici ses conclusions en les exploitant dans une direction nouvelle.

Si en effet la glose latine [*quia rescisso — vindicasset*] n'était pas dans le texte commenté par le scoliaste du P. Heid. et si ce texte provenait d'un exemplaire du Digeste de Justinien, il faudrait admettre, ou bien que cet exemplaire était incomplet, l'in-

¹) *Philologus* 62, 1903, p. 98 ss.

²) *Philologus*, 62, p. 101 et 117. Gradenwitz se fonde surtout sur la présence des mots latins *non recte* dans la glose grecque. Mais Gerhard, *ibid.* p. 100 n'y voit qu'une formule stéréotypée. Les exemples de mots latins dans les scolies grecques ne manquent d'ailleurs pas dans les fragments du Sinai.

cidente ayant été supprimée dans le ms. utilisé, ou bien que cette incidente est une glose postjustinienne insérée dans la Florentine! Ces deux hypothèses ne nous paraissent guère avoir de vraisemblance pour elles. Dans les deux cas, il n'y aurait pu avoir une suppression ou une addition au texte officiel sans une falsification inadmissible d'une loi récemment promulguée ¹⁾. Que si on croit plutôt à une lacune de l'exemplaire utilisé par le scoliaste, on se trouve alors dans la nécessité d'admettre que ce scoliaste s'est rencontré d'une façon étonnante, jusque dans la forme de sa critique, avec l'auteur de l'intruse [*quia rescisso-vindicasset*] dans laquelle, au reste, M. Gerhard n'hésite pas à voir une objection à Paul, incorporée au texte par l'inadvertance d'un copiste. Une telle rencontre ne nous paraît guère vraisemblable.

Dans ces conditions, on doit se demander s'il n'y a pas une pétition de principe à voir dans le texte latin annoté un passage du Digeste et si les vestiges d'écriture latine qu'on relève au bord de la déchirure du P. Heid. suffisent à garantir l'identité du texte latin avec celui des lois 17 à 19 dans la compilation. Si la glose [*quia rescisso — vindicasset*] ne figurait pas dans le texte latin, ne serait-ce pas là plutôt un indice que l'ouvrage muni de scolies n'était point un exemplaire du Digeste, mais un exemplaire des *Quaestiones* de Paul? On s'expliquerait alors sans effort que le scoliaste du P. Heid. ait reproduit une objection courante dans l'enseignement du droit avant la compilation et que cette objection ait fini par pénétrer dans le texte de Paul, soit par suite de la bévue d'un scribe, soit par suite d'un essai maladroit de traduction et d'adaptation au texte latin d'une scolie grecque analogue à celle que nous avons sous les yeux ²⁾.

¹⁾ On a parfois fait valoir contre l'hypothèse des interpolations préjustiniennes la difficulté qu'il y a à admettre la falsification de textes de loi (v. notamment Lenel, *Z. Sav.* 34, 1913, p. 374 s., en sens différent Rotondi, *Scritti* I, p. 447). L'argument nous paraît surtout probant pour exclure les altérations post-justiniennes, au moins celles d'une certaine étendue car l'origine byzantine du nom de la Paulienne et l'infiltration de ce nom dans un texte du Digeste peuvent être admises à la suite de M.M. Collinet, *N. R. H.* 43, 1919, p. 187—208 et Albertario, *Arch. Giur.* 86, 1921, p. 115 s. rappelant l'opinion de Ferrini, *Filangieri*, 12, 1887.

²⁾ Dans le cas d'erreur d'un copiste, nous serions en présence d'une véritable

Cette nouvelle conjecture n'est nullement exclue par l'examen paléographique du facsimilé du P. Heid. 1272. Rien notamment ne semble s'opposer à ce que la date des diverses écritures grecques ou latines de notre papyrus soit reculée jusqu'au début du VI^e siècle, peut-être même jusqu'à la fin du Ve^e 1).

D'autre part, ni la quantité ni la certitude des lettres déchiffrées ou restituées aux terminaisons ou aux commencements des lignes du texte latin ne sont telles que nous devions nécessairement conclure à l'identité absolue de ce texte avec celui de la compilation. C'est surtout du passage qui forme au *Dig. h. t.* le § 1 du frg. 17 que nous avons des vestiges nets et concordants 2). Or ce passage relatif au principe de la rescision du testament inofficieux et aux réserves apportées à ce principe en faveur des legs et des affranchissements nous paraît avoir été conservé sans retouches, sous sa forme classique, dans la compilation. Rien ne permet d'affirmer que nous sommes ici en présence du texte du Digeste plutôt que de celui des *Quaestiones*.

Quant à la découverte à Heidelberg en 1906 d'un petit fragment de papyrus provenant de la même feuille et s'adaptant effectivement en haut et à gauche du fragment principal (recto) 3), elle a confirmé l'identification du § 1, en marge duquel ont été écrites les scolies Ib et II, mais n'a apporté aucune lumière sur la teneur du *principium*. Du passage de Paul qui forme le pr.

glose postclassique. Dans le cas de traduction ou d'adaptation consciente d'une scolie grecque, nous serions en présence soit d'une véritable interpolation préjustinienne, si le texte latin a été modifié avant la compilation, soit d'un tribonianisme d'origine préjustinienne, si l'adaptation n'a été définitivement réalisée que par les compilateurs. De toute façon l'essai malheureux de justification introduit par *quia* (v. *supra* p. 472, n. 1) donne plutôt l'impression qu'il s'agit d'une retouche volontaire.

1) En ce qui concerne l'onciale latine, les deux R. finales des ll. 34 et 36 de la première reconstitution de Gerhard ont des panses très réduites, alors que la panse de l'R devient de plus en plus grosse au VI^e et au VII^e s. (Chatelain, *Uncialis scriptura codicum latinorum, Explanatio tabularum*, pp. 1, 24 et 40) quant à l'onciale grecque, la légère courbure de l'haste transversale de l'N nettement visible dans la glo. III semble surtout caractéristique de l'écriture du Ve siècle.

2) V. les gloses Ib (*supra* p. 471, 4) et la glose II, très mutilée d'ailleurs, *Philologus*, 62, p. 103 s. et 117 s.

3) Gerhard, *Philologus*, 66, 1907, p. 477 s.

du frg. 17, il ne subsiste qu'une ou deux lettres et la glose Ia reste toujours mal placée en face du texte latin présumé¹⁾.

Certes, une objection sérieuse pourrait être élevée contre notre conjecture, si les quelques lettres latines visibles au bas du recto du P. Heid., sont vraiment suffisantes pour identifier le texte latin auquel elles appartiennent avec la loi 18. Mais seules les lettres *O* et *TI* se lisent clairement au dessous du niveau de la glose II. Aucune scolie ne se trouve en marge de ce passage²⁾. Le texte était-il le frg. 18 du Digeste, un passage des *Quaestiones* où Paul renvoyait à son *liber singularis de inofficioso testamento* ou un développement des *Quaestiones* sur cette matière non conservé par les compilateurs? C'est ici nous semble-t-il le lieu de pratiquer l'*ars ignorandi*.

Le verso du papyrus ne paraît pas plus propre à établir que le texte latin annoté est bien celui de la compilation et non celui

¹⁾ On observera en outre que dans la scolie, μέρος οὐ ποιεῖ est immédiatement suivi de *non recte...* etc., alors que dans le texte, la phrase *et ideo universam hereditatem non recte vindicasset* est bien séparée de *partem non facit*. Cette particularité est de nature à confirmer l'impression de M. Gerhard que la glose Ia est l'objection originale d'un scoliaste introduite par la proposition à réfuter.

²⁾ V. facsimilé, *Philologus*, 62 p. 160. M. Gerhard lit cependant dans ce passage *so, sti, ae(?)*, *t.* — Quant à l'absence de gloses en marge M. Gradenwitz, *ibid.* p. 120 l'explique par le faible intérêt du frg. 18. Certes ce frg. extrait de Paul *libro singulari de inofficioso testamento* ne contient qu'un simple renvoi à une constitution des *divi patres*, dont le texte se trouve au Dig. 49, 1, 14, 1. Mais si la loi 18 avait bien figuré sur notre papyrus, sa brièveté, loin de n'appeler aucune observation, aurait au contraire pu parfaitement inciter un scoliaste à préciser la référence dans un de ces παρατίτλα, παραπομπαι ou *loci similes* si goûtés des juristes byzantins du VI^e s. [v. les παρατίτλα de l'*Epitome Novellarum* d'Athanase dans le t. I. des *Anecdota* de Ch.-Ed. Heimbach; cp. Noailles, *Les Collections de Nouvelles de l'empereur Justinien, Origine et Formation* (thèse Bordeaux 1912) p. 186; ceux de la Collection tripartite des constitutions ecclésiastiques publiée par Voell et Justell, *Bibliotheca iuris canonici veteris*, Paris 1601, t. II p. 1233 s. (*loci similes* au Code et aux Nouvelles); les citations des Nouvelles dans les scolies de Vérone sur la 2^e édition du Code (Zachariae, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 15, 1850, p. 90—138) et les παραπομπαι du commentaire de Théodore sur le Code en partie restituées par Zachariae, *Anecdota*, p. XXXVII s. et celles du Bréviaire de Théodore sur les Nouvelles, *ibid.* p. XXVII, XXX, 7 et s.].

des *Quaestiones Pauli*. Quelques traces seulement sont visibles sur le facsimilé au niveau de la glose III. Cependant dans le fragment qui est venu s'adapter à la déchirure du papyrus, on retrouverait sûrement les groupes *IAT* et *TER*, que M. Gerhard rapporte aux mots *audiatur* et *praeterea* de la loi *Mater* et le début d'une addition interlinéaire obscure (*perno* [...]) Mais la seconde reconstitution du verso proposée par M. Gerhard le conduit à répudier la lecture d'un groupe de lettres, au niveau des premières lignes de la glose III, qu'il avait d'abord présentée comme certaine ¹⁾.

Enfin, la présence au verso du P. Heid. de la seule scolie III ²⁾ en marge de la place présumée occupée par la loi *Mater* n'est guère favorable à l'identification du texte latin avec celui du Digeste. S'ils avaient eu sous les yeux le frg. 19 tel qu'il figure dans la compilation, les scolastes qui ont commenté le frg. 17, n'auraient pas moins abondamment annoté le frg. 19, en raison même de sa difficulté et de sa complexité plus grandes ³⁾. On s'explique au contraire aisément que la glose III soit seule au verso de notre papyrus, si elle résume le passage des *Quaestiones* sensiblement conservé dans sa physionomie classique.

Ainsi le problème des interpolations préjustiniennes remet en question la date du P. Heid. 1272 et sa relation avec le Digeste. Une révision du papyrus semble nécessaire. En tout cas, si on doit admettre que les scolies du P. Heid. se rapportaient en réalité au texte des *Quaestiones*, nous aurions dans la glose Ia un exemple de la façon dont une scolie grecque a pu être la source d'une interpolation préjustinienne (au sens où l'entend M. Collinet) ou d'origine préjustinienne. Nous serions ainsi plus près d'admettre un processus sensiblement analogue pour les remaniements du frg. 19. Avec cette nuance qu'ici l'invasion d'annotations non classiques est trop considérable pour que l'erreur

¹⁾ Maintenant, au lieu de *ID*, M. Gerhard lit *TO(?)* *Philologus*, 66, p. 479. Il faut aussi compter avec la possibilité que l'exemplaire des *Quaestiones* utilisé par le scoliaste ait déjà été altéré. Et par suite la phrase *Sed non admittendum*.... pouvait y figurer.

²⁾ Citée *supra* p. 470.

³⁾ En sens différent, Gradenwitz, *Philologus* 62, p. 121, qui affirme néanmoins que d'autres gloses ont pu être écrites en marge de notre texte (?).

d'un copiste suffise à l'expliquer. On comprendrait en même temps la couleur scolastique des remaniements des frg. 17 et 19, car les scolies du P. Heid se rattachent visiblement à l'enseignement du Droit¹⁾. Mais il est difficile de dire si elles doivent être attribuées plutôt à l'Ecole d'Alexandrie qu'à l'Ecole de Béryte²⁾.

Si notre conjecture est exacte, elle permet de saisir l'origine sinon de suivre toutes les phases des remaniements qui ont rendu en partie inintelligibles dans la compilation les deux passages des *Quaestiones Pauli* devenues les lois 17 et 19 de *inofficioso testamento*, et elle confirme la restitution des solutions classiques que nous suggérait l'examen critique de la loi *Mater*.

¹⁾ Arg. $\text{C}\mu\tilde{o}$ (glo. II), $\sigma\tilde{\eta}\mu\sigma$ (glo. III) = $\sigma\eta\mu\epsilon\iota\omega\sigma\alpha\iota$ $\tilde{o}\tau\iota$ (*nota*) des scolies anciennes des *Basiliques*. Cp. Gerhard, *loc. cit.* p. 103, 107.

²⁾ Certes Béryte, la *nutrix legum*, éclipsait ses rivales et son école était fréquentée même par des étudiants égyptiens; Schemmel, *Philol. Wochenschrift*, 1923, col. 238. Cependant l'école d'Alexandrie existait encore en 533, bien que l'allusion qu'y fait la const. *Omnem*, 7 ne soit guère flatteuse pour ses représentants (*in Alexandrina splendidissima civitate et in Caesariensium et in aliis quosdam imperitos homines devagare et doctrinam discipulis adulterinam tradere*). Quoiqu'il en soit, il est intéressant de rappeler ici que c'est précisément à l'école d'Alexandrie que sont communément attribuées les scolies grecques des *Responsa Papiniani* (Zachariae, *Deutsche Literaturzeitung*, 1881, p. 37 s., Krüger, *Collectio librorum iuris antejustiniani*, III, p. 285 s. en note; Ed. Cuq dans Daremberg et Saglio, *Dict. Antiqu. gr. rom.*, v°. *Iurisconsulti et Manuel* p. 50, n. 3.)

LITERATURE IN ENGLISH ON ROMAN LAW 1921—23.

I. NEW BOOKS.

1. W. W. Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*. XIV + 756 pp. Cambridge, 1921. 50 shillings. Reviews: H. D. Hazeltine, *Cambridge Review* Apr. 28, 1922. F. de Zulueta, *Cambridge Law Journal* 1922, 166. Roscoe Pound, *Journal of Roman Studies* 1921 (pub. 1923), 269. P. De Francisci, *Bull. Ist. Dir. Rom.* 1922, 212. S. H. L., *Law Quarterly Review* 1922, 246. L. Wenger, *Krit. Vierteljahrschrift* 20, 105—106.

Having expressed my opinions of this notable work in the review above-mentioned, I consider myself dispensed from repeating them here. De Francisci has rendered a service by citing a number of works, chiefly Italian, which Dr. Buckland had omitted at least to mention. Any one who has experienced the difficulty of obtaining Italian books in England will find the omissions more than excusable. In any case bibliographical *lacunae* are inevitable in the first edition of a general manual when it is, like the present work, written from an independent standpoint. But De Francisci finds a more serious fault, namely the absence of definitions and of presentation of organic principles, and the lack of historical and dogmatic coordination. As to historical coordination this much must be conceded to the critic, that it is awkward to begin with Augustus, as in general Buckland does. But as regards definitions, principles and dogmatic coordination, the critic has entirely failed to grasp the significance of Buckland's book. Rightly or wrongly, the author has rejected nineteenth-century Pandectism and resolutely looked at Roman law with the eyes of a Roman lawyer. The features which the

critic deplores are thus, so far as they exist, the result of a deliberate choice of method, which may be right or wrong, but deserves proper consideration. That was how the book struck me, and how I see that it has struck Dean Pound, whose article is well worth reading on its own merits. The method is that which we take as a matter of course in monographs, however disquieting its adoption in a general manual may be to teachers who have to treat Roman law as an instrument of education for lawyers. There can be no doubt that Dr. Buckland's book not only marks a great advance in English studies, but is a very real contribution to science.

2. P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence.*

II. *The Jurisprudence of the Greek City.* x + 316 pp. Oxford, 1922. 21 shillings.

Reviews: F. E. A., *Cambridge Law Journal* 1923, 388.

Miss Copp, *Journal of the Society of Comparative Legislation* 1923, 154. E. R. Bevan, *History*, Oct. 1923.

Although the author has deliberately avoided Roman law in this book, its connexion with our studies is obvious. Not being competent to review, I must be content to catalogue.

3. J. Kerr Wylie, *Studies in Roman Law I: Solidarity and Correality.* xvi + 265 pp. Edinburgh and London 1923. 18 shillings.

This book, through no fault of mine, only reached me after the rest of this article was complete. It is a study of solidarity *ex contractu*, excluding, along with certain minor matters, accessorality and the relations of co-creditors and co-debtors *inter se*. If the reader will surmount the preliminary obstacles, which to me were rather serious, of the Introduction and Chapter I he will find a very interesting book, displaying considerable powers of legal analysis, good scholarship and historical imagination.

Chapter II is a clear exposition of civil law correality *ex stipulatu*. Being unable to devise solidarity with consumption only by *solutio*, the early lawyers, by manipulation of the stipulatory *formula*, produced correality based on extensive process-consumption.

Responsibility was also extensive, i.e. each debtor was responsible for the other's fault. Any formal inequality or non-

identification between the two obligations (we keep mainly to the passive case) produced total voidness, and the author believes that the same result would follow where a similar defect was only material.

Chapter V applies these principles to the formless contracts. There the unity of the originating act, which in stipulation is constituted by unity of form, consists in material community of intention, and, given equality and identification between the two obligations, the result is correalty, i.e. process-consumption and extensive responsibility. The question of formal variation between the obligations cannot arise, but material variation will necessarily exclude correalty. But the result of such variation is not voidness, but *solutio*-consumption, i.e. simple solidarity. There is no difficulty in reaching this result, which follows from *bona fides*.

We come now to the main novelty in the thesis. In Chapter III Dr. Kerr Wylie maintains a reaction of this institute of simple solidarity, as evolved for the formless contracts, upon correal stipulations in which there was material, but not formal, inequality or non-identification of obligations, e.g. two parties stipulate for *decem aut Stichum*, where Stichus happens to belong to one of them, or "two parties correally promise services which are 'individualised' by the person who renders them". In such cases the strict Civil Law would have pronounced voidness, but the later classics allowed simple solidarity, i.e. *solutio*-consumption on the analogy of the similar decision in the case of the formless contracts. But how was this result reached? I should have supposed *exceptionis ope*, the obligations being cumulative. But Kerr-Wylie will not allow cumulation because of the unity of the originating act. Where there is cumulation arising out of distinct contractual acts, then, you may in a proper case have equitable solidarity, which means that when one joint debtor has paid, or possibly been brought to joinder of issue, the praetor will either refuse, or render nugatory by *exceptio doli*, an action brought against the other. But where there is unity of originating act, cumulation is impossible; there is however in certain cases solidarity with *solutio*-consumption. True the *exceptio doli* was the technical instrument by which this *solutio*-consumption was reached, but the *exceptio doli* must in this case be regarded

as having attained Civil Law status, so that the consumption is civil, not merely praetorian. I have endeavoured to summarise the main thesis. There is also a good chapter on the effect of Justinian's reforms.

The exposition throughout is on a plan which produces clearness: alternate sections state the author's position and his authorities. In dealing with the latter he suggests a large number of interpolations. No exception can be taken to this method in a department of law so much affected by the change of procedure and Justinian's reforms, but the actual suggestions naturally need consideration. That they deserve it I am confident from a careful first reading. The book is very welcome as a clear, able and honest piece of work.

4. F. de Zulueta, Digest 41, 1 and 2: translation and commentary. 75 pp. Oxford, 1922. 6 shillings.

This little book is intended to facilitate the *introitus ad Digesta* of English law-students, the advance from Institutes to Digest having always seemed to me the *crux* of the teacher of Roman Law. I had no original theories to expound, and my notes contain little but cross-references, citations of literature and short explanations. Such a work does not lend itself to serious review, and I have seen none such. I could say a good deal in selfcriticism, but refrain.

5. Sir J. G. Kotzé, *Causa* in the Roman and Roman-Dutch Law of Contract. vi + 105 pp. Cape Town, 1922.

There is a short notice of this work in the Law Quarterly Review 1922, 519. See also II, 2 below.

II. NEW EDITIONS.

1. C. P. Sherman, Roman Law in the Modern World.

Three Vols. 2nd ed. New Haven, U.S.A. 1923. 70 shillings.

I have not seen this rather costly American work, which appears to deal with Roman and modern law from the comparative point of view, no small undertaking. All I can say is that the American standard of legal literature is high, and that this second edition follows the first at a very short interval.

2. Van Leeuwen's Commentaries on Roman-Dutch Law.

Translated by Mr. Justice Kotzé of the Supreme Court of South Africa. Two Vols. 1 + 1314 pp. 2nd ed. London, 1921 and 1923. 105 shillings.

Review: R. W. Lee, *Law Quarterly Review* 1923, 518, from which I quote:

'The new edition of Sir John Kotzé's work' (which appeared originally in 1881—86) 'contains a scholarly rendering of the original text and of Decker's commentary. A new feature is a translation of Van Leeuwen's epitome (*korte inhoud*) of the several chapters. . . . It is in the Appendix to each volume that the learned editor developes his views Particular mention may be made of the notes in the first volume on the reception of the Roman law in Western Europe, and on the influence of the Canon law upon the Roman-Dutch system; on the weight of judicial precedent; on the rule of law prohibiting intermarriage between a man and a woman who had committed adultery together The Appendix to the second volume contains a long note on *causa* and *consideration*. By *causa* or *oorzaak* we are to understand 'the ground or reason for the promise; . . . so that *justa causa* or *redelijke oorzaak* denotes a legally possible, a valid or lawful ground or reason'; and contract may be defined as an agreement founded upon some lawful ground; or as an agreement relating to some legitimate transaction. Other topics dealt with are the effect of *stipulatio alteri*, suretyship of women, the rule *mobilia non habent sequelam*, the hiring and leasing of houses and lands, marriage brokage (which seems to be permitted by Roman-Dutch law), the registration of donations above 500 *aurei*, the liability of a master for the acts of his servant, liability for damage caused by animals etc.'

See also R. W. Lee, *Law Quarterly Review* 1924, 61.

3. R. W. Melville, *Manual of the Principles of Roman Law*. xxvi + 489 pp. 3rd ed. Edinburgh, 1921. 25 shillings.

Review: W. W. B. *Law Quarterly Review*, 1922, 108.

4. W. A. Hunter, *Introduction to Roman Law*. New edition by A. F. Murison. xii + 222 pp. London, 1921. 10 shillings.

Review: S. H. L. *Law Quarterly Review*. 1922, 109.

5. F. P. Walton, *Introduction to Roman Law*. xvi + 394 pp. 4th ed. Edinburgh. 20 shillings.

Review: W. W. B. *Law Quarterly Review*. 1922, 106.

The only feature of these three elementary manuals that need be mentioned here is a peculiar educational experiment made by one of them. Mr. Melville's work is intended for Egyptian law-students, who have no Latin but nevertheless require some Roman law as a preparation for the study of their own codes. With these requirements in view the law of succession and of actions is excluded. One questions the desirability of such dismemberment, but this bold attempt to meet a practical difficulty appears to have had considerable practical success, since the first edition appeared as recently as 1915.

III. ENGLISH AND SCOTCH PERIODICALS.¹⁾

1. *Law Quarterly Review*.

Besides reviews of books Dr. Buckland and Mr. Jolowicz have each contributed an article of more than usual interest to the volume for 1922.

Dr. Buckland (pp. 38 ff) attacks the question whether Ulpian in his *Regulae* used Gaius' Institutes, and answers it with a confident affirmative. The argument, naturally, is based on similarities, but is pushed further home than it was by Grupe (Z.S.S. 20, 90). Against the alternative possibility of a common original used by both Gaius and Ulpian he makes the novel point that the supposed original must have been nearly contemporary with Gaius; for the similarity with characteristic variation is found in two passages which deal with legislation quite recent in his day (G. 1,30 with U. 3,3; G. 1,97—102 with U. 8). Hence the dilemma (p. 40): 'we must suppose either that Ulpian did in fact use Gaius, or that another book was written on the same plan saying the same things at nearly the same time, and that Gaius copied it. We must further suppose, on this view, that Ulpian used this book freely, and that it then disappeared

¹⁾ It seems unnecessary to catalogue for the benefit of readers of the *Revue d'histoire du droit* articles by Professors Vinogradoff and Buckland which appeared in it or in the (*Nouvelle*) *Revue historique*.

leaving no trace, while, somehow, the copyist Gaius came into prominence at a later date. This seems hardly probable'. Agreed. To select a few more points without reproducing the general argument: a curious similarity in the rôles assigned to Titius, Maevius and Seius is observed; with reference to Kniep's dissection of the Gaian text, it is observed that not only is the similarity with Ulpian maintained in many of the texts 'which even Kniep's scepticism allows to Gaius', but that some texts which according to Kniep are post-Gaian have been adopted by Ulpian (G. 1,112 *med.*, U. 9,1; G. 3,36, U. 28,13; G. 2,169, U. 23,29), 'or are we to suppose that some owner of a MS. of Gaius supplemented it from Ulpian?' At any rate the common original cannot have been Kniep's *Grundstock*. Another point well made is that the non-use by Ulpian of certain expressions which Kalb shewed to be characteristic of Gaius must be discounted in view of the fact that, for various reasons, the passages in which Gaius uses them are not paralleled in Ulpian.

If Buckland makes a strong case for Ulpian's use of Gaius' Institutes, so does Albertario (*Bull. Ist. Dir. Rom.* 32, 73) for the view that the work which we call Ulpian's *Regulae* is really an anthology from several elementary works, as the MS. title, *Tituli ex corpore Ulpiani*, partly indicates. There is nothing *a priori* irreconcilable in the two views, but Buckland's judgment upon the subject would be interesting.

Mr. Jolowicz's contribution to the same periodical, entitled 'The original scope of the *Lex Aquilia* and the question of damages', has been honoured by a notice from Lenel in *Z. S. S.* 1922, 575, which is doubtless familiar to my readers. Mr. Jolowicz's argument, which is set out with great clearness and practical sense, starts from the anomaly in chapter 3, according to which a man will get the highest value in the last 30 days equally for destruction and for slight damage to *ceterae res*. Accordingly he would cut out *praeter hominem et pecudem occisos* as a sort of traditional gloss introduced by quite early interpretation, and understand the third chapter to have been aimed originally only at the total destruction of *ceterae res* by *urere frangere rumpere*. Lenel shows, as Jolowicz would admit, that excision must be carried further: *Ceterarum rerum* must also go, with the result

that Jolowicz's difficulty about damages remains. But to Lenel it is no difficulty, because the action was penal, not compensatory, in intention. Although Jolowicz's most noticeable contention is thus disposed of, his article is still valuable for its clear exposition of the simultaneous working of the two inconsistent measures of damages, market value and, later, *interesse*.

2. *Journal of Roman Studies*¹).

The numbers in question contain rather fewer articles of direct interest to civilians than some of their predecessors.

Mr. Stevenson (1919, 95) has an interesting and well-documented discussion of the political and personal questions arising out of the inscription recording the grant of *civitas* to certain *equites Hispani* by Cn. Pompeius Strabo at the time of the Social War. Stevenson prefers the date 89 b.c. to 90, and has little doubt that the *Lex Julia* of 90 was good legal warrant for Pompeius' action. We should have liked more bibliography.

Dr. Max Radin (The *Lex Pompeia* and the *poena cullei*, 1920, 119) is concerned with the antiquity and significance of the introduction of the four animals into the sack, as to which the evidence conflicts. He feels no difficulty about the significance of the viper, but considers that to the ancient Roman ape, dog and cock would have no unpleasant associations. The accounts of the first case known, that of Malleolus in 100 b.c. (Livy Epit. 68; *Auct. ad Herenn.* 1, 13), mention the sack, but no animals. Early in the first century we hear of serpents; later Claudius legislated on the subject, then, early in the second century, Juvenal mentions snake and ape. According to the fuller version apparently given by Inst. 4, 18, 6, a constitution of Constantine (C.T. 9, 15, 1) prescribed the inclusion of all four animals. Setting aside as untrustworthy the divergent statement of Marcian D. 48, 9, 1, Radin concludes: 'it seems to fit this sequence if we assume that the sack and its ritual were ancient, that the *Lex Pompeia* introduced the viper, Claudius the ape, and Constantine the dog and the cock'. Constantine's

¹) This journal is in arrears of publication. The articles mentioned are from numbers actually published in 1921—23.

innovation may, he suggests, have been an expression of Christian antagonism to the rites of Mithra, Cybele and Isis, in which dog and cock have an honourable place. An alternative suggestion is that the function of all four animals was atropaic.

A note in this article on the *sanguineae virgae* used in the preliminary flogging elicits a reply from M. Cary (J. R. S. 1921, 285), who supports Professor Butler's explanation, viz. that the rods were of cornel wood (mod. Italian *sanguine*, French *cornouiller sanguin*), which is particularly tough: *solvitur vapulando*.

The *Notitia Dignitatum* is sometimes of importance to lawyers. Accordingly I draw attention to a weighty article by Professor J. B. Bury (J. R. S. 1920, 131) dealing with the date and nature of the two *notitiae* from which our text is derived. He summarises his conclusions on pp. 153—4.

Although the legal antecedents of the *Lex Calpurnia de repetundis* of 149 b.c. are well analysed, and its hybrid character as *quaestio* and *actio sacramenti* clearly appreciated, it is with the political motives of this statute that Professor W. S. Ferguson (1921, 86) is mainly concerned. He argues that a main motive of the Senate was to secure more efficient control over provincial governors, and that this would result from the permanence of the new court and its freedom from tribunician veto. During the preceding half-century the Senate had deliberately refrained from the new creation of new provinces, but a change of policy in this respect occurs at and immediately after the enactment of the *Lex Calpurnia*. Ferguson's suggestion is that the connexion is causal as well as temporal.

3. *Juridical Review*. (Scotch).

Two appreciations (J. F. White 1921, 16; J. Mackintosh 1922, 53)¹⁾ of a former editor, Henry Goudy († March 3, 1921), late professor of Civil Law at Oxford, provoke a feeling of disappointment that Roman law is so little represented in the recent numbers of the leading legal review of a country which has 'received'

¹⁾ Cp. Whittuck and Zulueta, Transactions of the Grotius Society Vol. 7. London 1922.

the Civil Law. There are only two articles to record: H. H. Brown, Ulpian's Definition of Jurisprudence (1921, 128), and T. Miller, The Reception of Roman Civil Law and Roman Canon Law in the reign of David I (1923, 362). The former is pleasant enough reading, but rather thin; the latter notes a reception of the Civil Law *De constitutionibus principum* and of the Canon Law *De alienatione rerum ecclesiasticarum* in the reign of David (1124—1153) and gives grounds for thinking that the *Decretum* of Ivo of Chartres was a channel. The author has brought to light some interesting material in a field unfamiliar to me, but I venture to think that we are as yet far from being entitled to speak of a 'reception' at so early a date.

4. *Journal of the Society of Comparative Legislation.*

In an article (1921, 281) which is virtually a review of Mackeurtan's *Sale of Goods in South Africa* (Port Elizabeth, 1922), Sir M. D. Chalmers makes some interesting comparisons between the Roman-Dutch and the English law of sale (of goods). In the main the two systems reach similar practical results, but by different methods.

5. *Miscellaneous.*

In the English Historical Review 1921, 545 I give an account of the Avranches MS., and in the Bodleian Quarterly Record 1921, 164 an account of the All Souls fragments, of Vacarius.

IV. AMERICAN PERIODICALS.

I cannot pretend to completeness here. I have examined the Harvard, Michigan, and Columbia periodicals and *Classical Philology*. The most important article however comes from the *Yale Law Journal*, of which I have only seen one number (June, 1922, 827).

This is a study of the Roman elements in Bracton's section *De acquirendo rerum dominio* by G. E. Woodbine, the second volume of whose monumental edition of Bracton's celebrated work appeared in 1922¹). Mr. Woodbine shows that the very

¹) Oxford etc. 37 shillings and sixpence. Review: F. P. Law Quarterly Review: 1923, 127.

divergent views expressed by eminent scholars of the importance of the Roman element in Bracton impose a duty of detailed reconsideration; to this his article is a contribution. He amply proves his thesis that in the section *De adquirendo r. d.* (fols 8b — 98), the Roman element is considerable not only at the beginning (fols. 8b — 11), but also in the later parts (fols. 11 — 98b), where Maitland in *Bracton and Azo* had held it to be negligible. The American writer accounts for Maitland's view by the fact that Bracton here ceases to copy more or less *verbatim* from Azo, the truth being that in these parts there is a constant exercise of knowledge of Roman law by Bracton, which takes the form of interweaving passages from Roman sources, though the interweaving leaves little of the Roman element in its original form. Having followed Mr. Woodbine's demonstration with reference to his (unfinished) text, one may express regret that his magnificent edition does not incorporate for reference purposes the old division by chapters. It is a further question whether he is right in assuming that where Bracton does not lean on Azo he draws directly from the *Corpus Iuris*.

In the *Michigan Law Review* 1921—22, 839, A. E. R. Boak gives an English translation with short commentary of four Greek legal papyri from the Michigan Collection (Inv. Nos. 99, 662, 114, and 72). They are (1) agreement for division of property, 72 a. d., Bacchias (Arsinoite nome); (2) contract for loan, 52 a. d., Tebtunis; (3) receipt for rent of farm, with renewal of lease, 122 a. d., Bacchias; (4) registration of an apprentice, 49 a. d., Oxyrhynchus. A papyrus of the same collection belonging to the Zeno series was recently published by the same writer in *Michigan Alumni Journal*, according to Professor Rostovtzeff, who utilises it in his study 'A large estate in Egypt in the third century b. c.' (Madison U. S. A., 1922).

In *Classical Philology* 1921, 246 I notice an article by W. H. Kirk, *Uti legassit*. The writer scouts the traditional interpretation of *legare* — *legem dicere*, holding that it must bear a meaning connected with 'send', as in its compounds *delegare*, *relegare* etc. The maxim *uti legassit* etc. can have no reference to the *testamentum calatis comitiis* or to that *in procinctu* in a statute which for that act already has the term *testari* (*Si intes-*

tato moritur etc), but must refer to the *ita do, ita lego* of the *nuncupatio* in a *donatio m.c.* made *p. a. et l.* In short the clause *uti legassit* gives legal force to the charges laid by the *nuncupatio* on the *familiae emptor*.

In the *Columbia Law Review* 1922 (p. 103) an article by E. C. Arnold on 'the Law of Accession of Personal Property' might well be useful to one who desired to study the development of the Roman doctrines of specification, accession and the like in English and more particularly American law. To the *Harvard Law Review* 1922—23 (p. 180) P. J. Hamilton contributes a paper 'Civil Law and the Common Law'; — readable, but general and at times rather fanciful.

V. MISCELLANEOUS.

1. Readers of this journal will not have overlooked the publication (Oxford, 1922, 42 shillings) of the fifteenth volume of *Oxyrhynchus Papyri*. For the jurist Dr. Hunt produces only two documents, but they are important. P. Oxy. 1813 is a fragment from a vellum book giving Cod. Theod. 7, 8, 9—14, in a fine uncial hand of the early sixth century. It is reproduced by Paul Krüger in Z. S. S. 1922, 560—61, but by some error the recto and verso are there transposed. The document is thus contemporary with Paris M. S. 9643 (R), which it confirms. P. Oxy. 1814 is a fragment of an Index showing title-rubrics and inscriptions of constitutions of Justinian's *Codex* of 529. It is a tantalising find, but some not unimportant results can be deduced from it. See Krüger *ibid.*, Bonfante *Bull.* 1923, 277, who cites De Francisci, *Aegyptus* 1922, 68. Of $\eta \delta\iota\alpha \tau\omicron\nu$ l. 7 verso Krüger gives a certain correction: $\eta\delta\iota\chi\tau\omicron\nu$, but I am at a loss to understand his remark about Hunt's dating of the papyrus, and I further gather that he has abandoned his own conjectural *iungenda esse videtur* in notes to C. 1, 18, 3 and C. 3, 44, 8.

2. Sir Paul Vinogradoff has contributed essays to two volumes: (a) *The Evolution of World-Peace*, ed. F. S. Marvin. *The work of Rome*, by P. Vinogradoff. Oxford, 1921, 9 shillings and 6 pence. (b) *Bibliotheca Visseriana Dissertationum Ius Internationale Illustrantium* I. *Historical Types of International Law*. In the first

some salient points in the development of Roman law under the Severi are dealt with in connexion with the theme *Pax Romana*. Are noticed the improvement in the condition of slaves, the substitution of moral ties for the rules of domestic discipline in the sphere of family law, and, as illustrations of more technical departments, the introduction of moral considerations in the interpretation of wills and agreements. In conclusion the elasticity of the Roman system is illustrated by examples of the persistence of local customs.

To the second publication Sir Paul contributes six lectures, of which we may just mention the third, the *Ius Gentium* of the Romans. The treatment is on broader lines than I have adopted in dealing with this elusive conception in

3. *The Legacy of Rome* (xii + 512 pp. Oxford. 1923, 8 shillings and sixpence) to which I contributed *The Science of Law*. I agree however that it is misleading to represent the contrast *ius civile* and *ius gentium* as a purely jurisprudential distinction, which is at least the tendency of Lenel's *Geschichte und Quellen* in the last edition of Holtzendorff's *Encyclopaedia*, a work on which in other respects I greatly relied. To the same volume of essays Professor H. Stuart Jones contributes the article *Administration*, which certainly deserves the attention of students of Roman law.

F. DE ZULUETA,
*Regius Professor of civil law in
the University of Oxford.*

COMMUNICATIONS.

PRIX VISSER.

En exécution du legs de feu M. S.-J. VISSER, Juge aux Colonies néerlandaises, décédé en 1919, la Faculté de Droit de l'Université de Leyde met au concours le sujet suivant:

Donner une description du droit international privé d'un ou de plusieurs pays de l'Europe aux 16^e et 17^e siècles. L'auteur doit utiliser surtout la jurisprudence et les sources locales de droit. Le choix des pays est libre.

Toute personne est admise à concourir.

Les mémoires, rédigés en français ou en néerlandais, écrits à la machine, devront être déposés au Secrétariat de la Faculté, avant le 1^{er} décembre 1925.

Chaque concurrent écrira en tête de son mémoire une devise qu'il reproduira sur une enveloppe cachetée contenant un bulletin sur lequel seront inscrits le nom et l'adresse de l'auteur.

Des prix seront décernés, jusqu'à concurrence de 5.000 florins des P. B., aux mémoires désignés par la Faculté. Le Doyen ouvrira, dans une séance de la Faculté, les enveloppes cachetées jointes aux mémoires couronnés. Les autres enveloppes seront brûlées séance tenante.

Leyde, le 8 février 1924.

*Le Secrétaire de la Faculté de
Droit de l'Université de Leyde,*

D. VAN BLOM.

UNE NOUVELLE REVUE D'HISTOIRE DU DROIT.

On nous signale, de Madrid, la fondation prochaine d'un nouveau périodique qui sera consacré aux études historiques du droit espagnol. La nouvelle publication portera nom: **Anuario de Historia del Derecho Español**. Elle sera rédigée, sous la direction de M. L. DIEZ CANSECO, professeur à l'Université de Madrid, par un groupe d'historiens du droit, la plupart élèves du regretté Maître que fut l'illustre Hinojosa. Ce groupe de savants se propose la réalisation d'une triple tâche: l'impression de travaux originaux, l'édition de textes juridiques importants et l'information bibliographique.

C'est avec la plus grande sympathie que nous applaudissons à cette belle initiative dont nous suivrons les efforts avec toute l'attention qu'ils méritent.

SOCIÉTÉS SAVANTES.

SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DU DROIT (PARIS).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DU 26 OCTOBRE 1923.

M. Paul Fournier, président de la Société, présente le compte rendu de l'année écoulée. Il évoque d'abord le souvenir des disparus. Deux nouveaux décès sont survenus depuis la séance de juin, ceux de MM. Valin et Vincent.

M. Valin, auteur d'une thèse sur *Le duc de Normandie et sa cour*, avait été professeur à l'Ecole supérieure libre de droit de Rouen. Il prit une part active au Congrès du millénaire normand, ainsi qu'aux Semaines de droit normand, et il laisse en manuscrit un travail sur les *Plaids de Jean Mustel, maire de Rouen en 1355* (texte et introduction).

M. Henri Vincent, reçu docteur avec deux thèses de droit romain, l'une sur *Le droit des Ediles*, l'autre sur la *Res recepta*, était chargé de cours à la Faculté de droit de Grenoble; il disparaît dès le début d'une carrière scientifique qui s'ouvrait avec les plus belles espérances.

Malgré les pertes subies, le nombre des membres de la Société est passé, pendant l'année écoulée, de 121 à 125.

M. le Président rappelle ensuite les communications qui ont été données aux séances mensuelles. Puis il parle de la publication éventuelle d'un premier fascicule de l'*Inventaire des Chartes de franchises de la France* entrepris par la Société.

M. Génestal, trésorier, présente le compte rendu financier. Les comptes sont approuvés à l'unanimité.

On procède ensuite au vote pour le renouvellement d'un tiers du Comité. Les membres sortants (MM. Collinet, Génestal et Roger Grand) sont réélus.

Enfin, M. Olivier Martin transmet à la Société un vœu exprimé par Madame Boulard, veuve de son camarade Louis Boulard, professeur à la Faculté de droit de Lille, mort pour la France. Son mari a laissé d'abondants matériaux et même quelques rédactions partielles sur *La condition juridique des troupes suisses en France*, sous l'ancienne monarchie. Pour honorer sa mémoire, elle serait désireuse d'entrer en relations avec un savant qui consentirait à terminer cet ouvrage. M. Olivier Martin prie les membres de la Société de vouloir bien l'aider dans les efforts qu'il fait pour donner satisfaction à un vœu si touchant.

SÉANCE DU 13 DÉCEMBRE 1923.

M. F. de Visscher fait une communication sur les rapports existant entre la *cura* et l'interdiction des prodigues. Ces deux institutions, que

l'on envisage généralement comme formant un tout inséparable, sont en réalité tout à fait distinctes par leur origine: la première est une institution du vieux droit gentilice, la seconde est essentiellement fondée sur l'autorité du magistrat de la cité. Le régime classique des prodigues nous apparaît donc, non pas comme un système homogène, mais comme la juxtaposition de deux institutions de source et d'époque diverses. Il ne serait dès lors nullement surprenant que la curatelle légitime et l'interdiction fussent encore à l'époque classique régies par des tendances et des règles sensiblement différentes. En tout cas, la distinction très nette entre les deux institutions ne devrait jamais être perdue de vue: elle peut apporter la solution de certains problèmes très délicats. M. F. de Visscher en donne quelques exemples. 1°) Seul le préjugé d'une coordination absolue et nécessaire entre l'interdiction et la curatelle légitime, en tant que fondée sur la dilapidation des biens paternels, peut expliquer la faveur injustifiée dont jouit encore la leçon très médiocre „*ea re* (c'est-à-dire les *bona paterna avitaque!*) *commercioque interdico*”, dans le décret d'interdiction rapporté dans les Sentences de Paul (III, 4a, 7). M. P. Collinet a établi la vraie leçon de ce texte: „*aere commercioque*, etc.”, leçon conforme au meilleur et au plus ancien manuscrit, le Monacensis (N. R. H., 1909, p. 184-5). — 2°) De même la partie finale du fr. d'Ulpien, D. 27, 10, 1 pr., qui établit l'extinction *ipso jure* de la curatelle en cas de retour du prodigue *ad sanos mores*, est parfaitement explicable si nous la rapportons à la seule curatelle légitime, déferée *ipso jure*, et non à l'interdiction. — 3° Enfin la même distinction permet de préciser les données de l'un des problèmes les plus ardues qu'offre la matière: celui de l'exclusion de la curatelle légitime en cas de succession testamentaire. C'est dans un système primitif d'indisponibilité des biens de famille, dont le régime des prodigues ne serait qu'un vestige, que beaucoup d'autres ont recherché l'origine de cette très ancienne règle. Sans prendre parti en ce qui concerne l'existence de cet hypothétique régime des biens de famille, M. F. de Visscher observe que celui-ci n'offre d'analogie qu'avec l'interdiction, et nullement avec la *potestas* des agnats sur le prodigue; qu'en conséquence, c'est à l'interdiction, et non pas à la curatelle, que la succession testamentaire aurait dû faire obstacle. On aboutit de la sorte à fausser complètement le principe tel qu'il nous est rapporté par les Règles d'Ulpien, XII, 3. Cette explication semble donc devoir être abandonnée. Suivant l'auteur, c'est le titre même d'*heres scriptus* qui devait constituer un empêchement à la *potestas* éventuelle des agnats et gentils. Rien dans nos sources, il est vrai, n'indique que l'héritier testamentaire ait joui de droits plus complets ou plus étendus que l'héritier légitime. Mais la supériorité qui est admise en sa faveur intéresse, non pas les droits patrimoniaux, mais les droits de famille. L'héritier institué est affranchi du contrôle et de la *potestas* des agnats; son titre consacre son indépendance vis-à-vis de la *gens*.

Quelques observations sont présentées par MM. Collinet et Paul Fournier.

M. E. Chénou appelle l'attention sur l'article 9 d'un capitulaire de Louis le Débonnaire de 821 (Boretius, tome I, p. 301) ainsi conçu: „*Volumus ut uxores defunctorum, post obitum maritorum, tertiam partem collaborationis quam simul in beneficio collaboraverunt, accipiant. Et de his rebus quas is, qui illud beneficium habuit, aliunde adduxit vel comparavit vel ei ab amicis suis collatum est, has volumus tam ad orphanos defunctorum quam ad uxores eorum pervenire*”. — Il a été donné de ce texte des interprétations erronées, notamment par Brissaud,

Glasson, et Ch. Lefebvre. Pour Brissaud (*Histoire*, p. 1654, en note), l'objet du capitulaire serait d'empêcher la *tertia* des veuves des bénéficiers de porter sur le bénéfice lui-même, qui ne serait pas regardé comme un acquêt de *collaboratio*, „sans doute, dit-il, à cause de son caractère personnel”. C'est le contraire qui est vrai, comme on le verra. — Pour Glasson et Ch. Lefebvre, le capitulaire de 821 introduirait „législativement” une différence entre les bénéfices, pour lesquels le droit de la veuve resterait fixé à un tiers, et les autres acquêts de *collaboratio*, qui seraient partagés par moitié entre la veuve et les orphelins du bénéficiaire (Glasson, *Hist.*, tome III, p. 208; Ch. Lefebvre, *Droit des gens mariés*, p. 140-141). Le capitulaire de 821 ne dit nullement que les biens autres que ceux acquis *in beneficio* seront partagés par moitié; il dit simplement qu'ils seront laissés à la veuve et aux orphelins. Il n'en peut être de même pour les biens acquis *in beneficio*, parce qu'en 821 les bénéfices sont encore viagers; ils devaient donc faire retour au concédant, en l'espèce, l'empereur. Or très vraisemblablement, à raison du caractère personnel des bénéfices, les *missi dominici*, auxquels le capitulaire est adressé, devaient les faire rentrer en entier dans le domaine impérial, sans s'occuper des veuves. Désormais ils devront laisser aux veuves, leur vie durant évidemment, un tiers de ces bénéfices, les deux autres tiers retournant à l'empereur. Il n'y a donc pas partage, dans ce cas, entre la veuve et les orphelins: ainsi s'explique l'antithèse établie par le capitulaire. On peut invoquer à l'appui de cette interprétation une formule d'Anjou (Zeumer, n°. 59), qui donne la même solution pour les pécules d'esclaves acquis *stante conjugio*.

M. le Président fait ensuite connaître à l'Assemblée l'état de la question des publications.

La commission des textes est complétée par la nomination de deux nouveaux membres, MM. Meynial et Olivier Martin.

Ont été reçus membres de la Société: MM. Maurice Kroell, professeur à la Faculté de droit de Nancy, — Grandclaude, chargé de cours à la Faculté de droit de Grenoble, — Roger Bult, — Robert Pirenne, — Jean Drouault, avocat à la Cour d'appel de Caen.

SÉANCE DU 10 JANVIER 1924.

M. le Président fait l'éloge de M. Batcave, décédé pendant le mois de décembre.

M. Collinet fait une communication sur les *Fonctions accessoires des Professeurs de l'école de droit de Beyrouth au Ve siècle*. D'après un premier passage du § 25 de l'*Exposito totius mundi*, la „très jolie” ville de Beyrouth possède des *auditoria legum*, et c'est grâce à elle que les procès des Romains acquièrent la stabilité. Un second passage du même § 25 est ainsi conçu: *inde enim viri docti in omnem orbem terrarum adsedent iudicibus et scientes leges custodiunt provincias, quibus mittuntur legum ordinationes*. M. Collinet montre que l'expression *viri docti in omnem orbem terrarum* est la traduction littérale du titre grec qui désigne aux scolies des Basiliques les maîtres Beyrouthins les plus illustres (οἱ τῆς οἰκουμένης διδάσκαλοι), d'où il résulte que ces maîtres, en dehors de leur enseignement, participaient à l'administration de la justice, comme assesseurs des juges (Cf. *Dig.* 1, 22, 1: *juris studiosi* pourrait s'appliquer déjà aux professeurs de droit). Mais le titre de „docteurs œcuméniques” n'apparaît que vers 430-438; l'*Exposito* fut rédigée en 350 environ: la contradiction des dates sera levée, dit M. Collinet, si l'on reconnaît dans le second passage une interpo-

lation, laquelle est prouvée d'ailleurs par l'inexistence de la période *inde enim..... ordinationes* au ms. B de l'*Expositio*. La fin du texte parle de *scientes leges* qui surveillent l'exécution des constitutions impériales dans les provinces. Cette expression, qui ne se retrouve dans aucun texte juridique, correspond au grec *νομικοί*; elle ne désigne pas les professeurs, mais des „juristes”, dont la qualité serait à déterminer.

M. Génestal parle ensuite de la *Traditio curiae seculari*, histoire d'un contresens.

Aussi bien dans l'empire romain que dans le royaume franc et sous les premiers Capétiens, la répression des crimes de droit commun commis par les clercs a toujours comporté une collaboration des deux juridictions. Le coupable est jugé et dégradé par la justice ecclésiastique, puis il est condamné par la justice laïque à la peine temporelle que mérite son crime.

Mais jusqu'au XIIe siècle la justice d'Eglise n'a pas à se préoccuper de l'instance séculière qui suivra sa condamnation. On ne lui demande ni de saisir la justice laïque, ni encore moins, de lui livrer le coupable.

La livraison à la cour séculière (*traditio curiae seculari*) a été introduite dans le droit canonique par un contresens.

La *traditio curiae seculari* apparaît pour la première fois en droit canonique dans trois fausses décrétales (*Epistola Pii secunda*, c. 10, p. 120; *ep. Fabiani*, c. 21, p. 165; *ep. Stefani*, c. 12, p. 186). Ces trois textes sont formés d'une combinaison du c. 18 du concile de Chalcédoine, punissant de dégradation les clercs coupables de conjuration contre leur évêque, et d'une constitution romaine (Brev. d'Alaric, XVI, 1,5) ordonnant de livrer à la curie le clerc dégradé. Dans le droit impérial il s'agissait d'agréger le clerc dégradé à la curie municipale pour supporter les charges des décurions, ou aux collèges qui étaient chargés de certains services publics.

Le pseudo-Isidore n'entendait, sans doute pas le texte en ce sens, puisque rien ne subsistait plus, de son temps, de l'organisation municipale romaine. En parlant d'attribuer le clerc au service de la curie, il entendait sans doute le frapper d'une peine de servitude publique au profit d'une autorité séculière vaguement désignée sous le nom de *curia*.

C'est en ce sens que l'on essaya de faire en Italie, au XIe siècle, quelque application de nos textes. Grégoire VII basa un jour sur les décrétales de Fabien et d'Etienne une condamnation des clercs de Lucques révoltés contre leur évêque. Ils furent par sentence synodale livrés à la curie, et la comtesse Mathilde les revendiqua comme esclaves *in servitute curiae*.

Mais en France on donnait à la formule de la *traditio* un sens différent. Il résulte des lettres 53 et 66 d'Yves de Chartres que l'on entendait alors par là une remise du clerc condamné et dégradé à la justice temporelle.

Ce contresens transformait la conception du rôle respectif des deux juridictions dans la répression. L'Eglise prenait une responsabilité directe dans la peine temporelle. C'est avec ce sens que la *traditio curiae* passa dans le Décret de Gratien (C. XI, qu. 1). Pour les décrétistes, la procédure de droit commun pour la répression des crimes des clercs est la dégradation et la livraison à la cour séculière.

Mais ce système, qui donne à la justice d'Eglise la responsabilité directe de la répression sanglante, devait provoquer une réaction. Etienne de Tournay déjà veut substituer la formule *relinquere* à la formule *tradere*, et estime que le juge séculier doit reprendre en toute indépendance toute l'instruction de l'affaire, afin de dégager la responsabilité du juge ecclésiastique.

La réaction ira plus loin; avec Thomas Becket, dont Alexandre III sanctionnera la doctrine (c. *at si clerici*, 4, X. I, 1), elle arrivera à interdire toute instance et toute peine séculières après dégradation.

Puis le droit classique se fixera dans une position intermédiaire: l'instance et la peine séculières n'auront lieu que dans quelques cas limitativement énumérés. Mais pour ces cas, la formule de la *traditio*, que l'on ne pouvait effacer des textes, subsistait, à côté de celle de l'abandon, employée par d'autres textes célèbres.

Les canonistes durent expliquer que les deux formules: livrer, abandonner, étaient équivalentes, et s'appliquaient à une même procédure, laquelle ne comporté aucune *traditio manualis*, mais une simple requête adressée au juge séculier de recevoir *in suum forum* le clerc dégradé, qui cesse d'être justiciable du for ecclésiastique.

Les conséquences du contresens du XI^e siècle étaient à peu près effacées.

Ont été reçus membres de la Société: MM. Perrin, professeur à la Faculté des lettres de Grenoble; Gabriel Lepointe; Carré, avocat à la cour d'appel de Caen; et Louis Delbez, chargé de cours à la Faculté de droit de Montpellier.

SÉANCE DU 14 FÉVRIER 1924.

M. Paul Fournier, président de la Société, fait l'éloge de M. Marcel Thévenin, directeur d'études à l'École pratique des Hautes Études, décédé le 10 février. Depuis quarante ans au moins, notre très regretté confrère s'était consacré à l'histoire du droit. Il s'y était fait connaître avantageusement par quelques écrits, notamment par un article sur la question des communaux, à propos de laquelle les travaux de Fustel de Coulanges avaient soulevé de si vives controverses, et par son très utile recueil de *Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingienne et carolingienne*, publié en 1887. Mais surtout il est connu de beaucoup de nos confrères par l'enseignement que pendant toute cette période il donna à la Section d'histoire de l'École des Hautes Études. Il y forma de nombreux élèves, qui lui garderont une fidèle reconnaissance.

M. Paul Fournier fait ensuite une communication sur les *Infiltrations byzantines dans le droit canonique carolingien*. Il signale plusieurs règles de droit reçues dans l'Eglise d'Orient, qui ont exercé une certaine influence en Occident depuis le VIII^e siècle; elles concernent la distinction des aliments, la condamnation plus ou moins complète des secondes, troisièmes et quatrièmes noces, et les trois carêmes. C'est surtout par les recueils pénitentiels portant le nom de l'archevêque de Canterbury Théodore (lui-même d'origine orientale) que ces infiltrations se sont produites. Elles n'ont pas été admises, il s'en faut, dans toutes les Eglises d'Occident: si l'on ne tient pas compte des hésitations de quelques Papes d'origine orientale, l'Eglise romaine s'y est montrée réfractaire. Aussi ces règles, après deux ou trois siècles, disparurent complètement de l'usage occidental.

M. Olivier Martin fait connaître le résultat de ses recherches sur *La juridiction contentieuse de la Commission intermédiaire des États de Bretagne*.

Après quelques hésitations, le roi permit, en 1734, l'organisation définitive d'une Commission intermédiaire permanente, composée de six députés de chaque ordre à la nomination des États, pour l'administration de la capitation, qui venait d'être abonnée par la Province. Elle en assumait bientôt le contentieux en rendant exécutoires les man-

dements fixant la part de chaque collectivité débitrice et en statuant sur les demandes en décharge émanant des contribuables. La même juridiction lui fut attribuée lorsque le dixième, puis le vingtième furent aussi abonnés. Elle statuait sur pièces, sans aucuns frais, et sauf appel au Conseil. Ses prérogatives, rarement contestées, furent toujours défendues par le Conseil.

En droit, elle intervient en qualité de commissaire du Conseil, au même titre qu'ailleurs les intendants, le lieutenant de police et le prévôt des marchands de Paris. Le roi a en effet retenu toute juridiction en ce qui concerne les nouveaux impôts, dont le contentieux, à la différence de celui de la taille, le touche directement.

Au point de vue politique, il est curieux de voir la théorie si souple de la justice retenue favoriser en Bretagne une formule donnant aux contribuables des juges choisis parmi les représentants de la Province. Le succès de cette expérience détermina sans doute le Gouvernement à la généraliser lorsqu'il entra dans la voie de la décentralisation administrative; les commissions intermédiaires des Assemblées provinciales furent dotées de larges attributions contentieuses en matière d'impôts, attributions qui, en 1790, passèrent aux directoires de départements. La constitution consulaire se montra moins libérale que l'ancien régime finissant, en confiant ce contentieux aux conseils de préfecture, nommés par le pouvoir exécutif.

SÉANCE DU 13 MARS 1924.

M. Espinas, au nom de la Commission des chartes de franchises, donne lecture de son *Rapport* sur les travaux de cette Commission pendant l'année 1923.

Ces travaux ont pour objet, en premier lieu, d'établir un inventaire aussi complet que possible des chartes de franchises de la France entière, et d'autre part, de préparer la publication des textes eux-mêmes.

En ce qui concerne l'inventaire, les travaux du répertoire sur fiches ont continué avec une activité très satisfaisante, tant dans les régions où déjà ils étaient commencés, que dans quelques autres où des collaborations nouvelles ont été acquises. Dans un certain nombre de régions, on peut enregistrer des progrès particulièrement notables (Franche-Comté, Dauphiné, Languedoc, Agenais, Quercy, Normandie), ou des découvertes intéressantes (Flandre, Bresse et Dombes, comté de Nice).

Quant aux publications de textes, la préparation en est forcément plus lente. Le recueil des chartes des Flandres (par MM. Espinas, Ganshof, et Nowé) comprendra plus d'un millier de textes; on peut espérer que le manuscrit en sera terminé pour la fin de l'année 1925.

M. Collinet regrette qu'aucune collaboration ne soit venue de certains départements où il serait pourtant utile d'en obtenir pour la publication des chartes de la Champagne.

M. Grand fait remarquer que l'absence de réponse des départements bretons est justifiée.

MM. Chénon, Lelong, Paul Fournier et Guébin ajoutent quelques observations.

M. E. Chénon étudie ensuite la condition des *Prud'hommes de Bourges au XIIe et au XVe siècles*.

Contrairement à une assertion de Thaumas de la Thaumassière, qui prétend que les prud'hommes de Bourges étaient au nombre de quatre et administraient la ville depuis le XIIe siècle, assertion déduite d'un texte de 1429 et qui n'est vraie que pour cette époque, M. Chénon

montre, à l'aide des chartes de privilèges données à Bourges au XII^e siècle, que les prud'hommes (*boni viri, probi homines*) devaient être alors plus de quatre, et que leurs attributions primitives étaient purement judiciaires: il en conclut qu'il faut voir en eux la survivance des *scabini* ou *boni viri* de l'époque carolingienne. Au XV^e siècle, au moins dans la période 1429—1474, les prud'hommes ont été réduits à quatre, et sont devenus de véritables magistrats municipaux, tout en conservant leurs attributions judiciaires antérieures. Mais à la suite de la révolte de 1474, Louis XI leur substitua un maire et douze échevins, nommés par lui, réduits ensuite par Charles VII à quatre échevins élus, auxquels fut ajouté un maire en 1492. Quant aux droits de justice civile et criminelle, abolis puis restitués par Louis XI, ils diminuèrent progressivement: en 1481, les procès *civils* ne pouvaient être jugés par les bourgeois que sur la requête expresse d'une des parties; en 1539, les bourgeois n'étaient plus compétents qu'en matière *criminelle*. Les officiers du roi ayant soumis leur compétence *criminelle* au système de la requête préalable, celle-ci tomba en désuétude; et en 1666, le Parlement de Paris refusa de la reconnaître.

SÉANCE DU 10 AVRIL 1924.

M. Ernest Perrot communique quelques observations sur *L'Édit de Caracalla de 212 et les persécutions contre les chrétiens*.

On sait combien nette est l'opposition entre les persécutions du I^{er} et du II^e siècles, d'une part, qui sont intermittentes, locales, souvent spontanées et toujours partielles, et celles du III^e siècle, d'autre part, s'abattant par rafales sur tout l'empire et visant à la destruction radicale des communautés. Il semble que cette opposition s'explique si l'on prend la peine de rapprocher de la théorie de Mommsen sur la nature du délit imputé aux chrétiens, l'édit de Caracalla qui généralisa le droit de cité romaine.

Au I^{er} et au II^e siècles, le seul fait d'être chrétien, comme d'ailleurs celui d'être juif, ne constituait un délit que pour le citoyen romain: le monothéisme fondamental du judaïsme et du christianisme impliquait une négation des dieux de la cité, négation qui rentrait dans la notion de haute trahison, de *crimen majestatis*. Pour le pérégrin, il n'y avait aucun délit à être juif ou chrétien; il ne pouvait y avoir de poursuite que si le chrétien était accusé d'un délit de droit commun, spécialement d'un de ces délits que la rumeur publique attachait à l'exercice même du culte chrétien; tout au plus pouvait-on se demander, comme le fait Pline dans sa lettre à Trajan, si l'aveu de christianisme n'emportait pas du même coup aveu de ces délits, le tout sans préjudice des interventions des magistrats romains en vertu de leur pouvoir de *coercitio* en matière de police, surtout au cas d'émeute populaire contre les chrétiens.

La situation désavantageuse des citoyens romains, qu'il serait intéressant de vérifier dans chacun des cas concrets qui nous sont connus, s'est perpétuée jusqu'aux premières années du III^e siècle. Cela résulte des renseignements combinés que nous donnent, d'une part l'historien Spartien (*Sev.*, 17, 1), d'autre part le jurisconsulte Paul (*Sent.*, 5, 22, 3), parlant très probablement l'un et l'autre d'une même constitution rendue par Septime Sévère en 202, lors de son passage en Palestine. Le premier, qui ne se croit peut-être pas tenu à une extrême précision de langage, ne spécifie pas que cette constitution qui interdit de se faire juif ou chrétien, n'ait visé que les citoyens romains. Le second, qui est juriste, précise nettement que ce sont les citoyens romains qui

ne peuvent se faire juifs; le texte, il est vrai, ne dit pas la même chose de la conversion d'un citoyen au christianisme, mais on peut penser que c'est par suite d'une coupure pratiquée par les commissaires d'Alaric, qui n'avaient pas à maintenir l'interdiction de se faire chrétien.

Dès lors, la constitution de Caracalla, en 212, en transformant presque tous les pérégrins de l'empire en citoyens romains, devait avoir pour résultat de faciliter considérablement les persécutions en étendant à tous le délit de majesté résultant du seul fait d'être chrétien. Résultat fortuit, ou délibérément recherché? L'exposé des motifs de la constitution de 212, tel qu'il est donné par le célèbre papyrus de Giessen n°. 40, est de nature à faire croire qu'à côté d'autres motifs possibles, il y a eu nettement intention de faire des pérégrins autant de fidèles des dieux de la cité romaine, autrement dit de supprimer leur liberté de conscience, et de faire tomber ceux d'entre eux qui étaient chrétiens sous le coup de l'accusation de majesté. Cette interprétation permettrait peut-être d'expliquer certains passages, restés obscurs ou inexpliqués, de la constitution de 212, tels celui où il est question des libelles, celui concernant les déditices, et aussi le passage mutilé qui parle de la majesté du peuple romain.

M. Chénon développe une objection fondée sur le rescrit de Trajan.

M. Guébin étudie *Les „Commentaires” du jurisconsulte François Roaldès sur l' „Histoire Albigeoise” de Pierre des Vaux-de-Cernay.*

Ces commentaires furent composés en 1586. L'auteur a utilisé de nombreuses sources qu'il a judicieusement interprétées. Le livre I décrit la vie des hérétiques, leurs croyances et les mesures dirigées contre eux. Le livre II, consacré aux machines de guerre employées pendant la croisade, manque dans le manuscrit du Musée britannique, dont M. Guébin présente le fac-similé. On peut espérer le retrouver un jour, l'ouvrage entier ayant été longtemps considéré comme perdu.

SÉANCE DU 8 MAI 1924.

M. Lévy-Bruhl fait une communication sur *Le rôle de l'intermédiaire dans l'affatomie*. Après avoir rappelé les diverses théories qui ont été proposées pour rendre compte de la présence obligatoire d'un intermédiaire de transmission dans l'affatomie, M. Lévy-Bruhl développe l'hypothèse suivante.

L'intermédiaire serait une personne interposée destinée à rendre possible la transmission du patrimoine à un incapable. Il permettrait de faire passer entre vifs le patrimoine et le titre d'*heres*, des mains du *pater familias* franc salien, à l'un de ses descendants qu'il veut avantager, et qui se trouve incapable de recevoir de lui entre vifs, en raison de la copropriété domestique.

A défaut de démonstration positive, que le manque de texte rend impossible (on ne peut se servir, en bonne méthode, pour interpréter la loi salique, que de la loi salique elle-même), M. Lévy-Bruhl cherche à écarter les objections qu'on peut élever contre cette conjecture, en essayant de prouver:

1° que l'affatomie est un acte entre vifs produisant des effets analogues à ceux du testament;

2° que la copropriété familiale rendait le fils de famille incapable, sauf *separatio oeconomica*;

3° que les effets de l'affatomie se réalisaient après la mort du disposant;

4° que cet acte pouvait avoir lieu alors que le *de cujus* avait des enfants, la loi ripuaire (titre 48), invoquée en sens contraire, n'ayant

ni la portée, ni peut-être même la signification qu'on lui attribue d'ordinaire.

Cette communication donne lieu à un échange d'observations auquel prennent part MM. Chénon, Paul Fournier, Génestal, Capitant, Lemaire et Olivier Martin.

M. Raymond Monier étudie ensuite *Les magistrats des villes de Flandre au XIIe siècle*.

Dans les villes de Flandre parvenues à leur plein épanouissement, les échevins sont en même temps les administrateurs de la commune et les membres du tribunal urbain.

Mais au XIIe siècle, ils n'avaient encore que des fonctions judiciaires: ils étaient les délégués du comte chargés de rendre la justice en son nom.

L'administration de la ville était, au contraire, confiée à des jurés, choisis parmi les membres de l'association de paix qui avait formé la commune, et chargés de réprimer les infractions à la paix urbaine.

Les dispositions relatives aux échevins contenues dans les chartes du XIIe siècle ne font allusion qu'à leurs fonctions judiciaires.

On rencontre, d'autre part, des jurés, non seulement dans des petites villes comme Arques ou Aire sur la Lys, mais à Furnes, à Gand, en 1183, à Lille, à Saint-Omer et à Arras.

La charte concédée à Saint-Omer, vers 1164, montre bien que les échevins sont les délégués du comte, tandis que les jurés représentent la commune.

La charte accordée à Arras en 1194 confie à *duodecim viri* la gestion des affaires municipales, et réserve aux échevins le jugement des procès.

A la fin du XIIe siècle ou au début du XIIIe, grâce à l'appui du comte Philippe d'Alsace et de ses successeurs, les échevins ont réuni à leurs attributions judiciaires, les fonctions d'administrateurs de la cité et de gardiens de la paix urbaine: les jurés disparaissent ou sont réduits au rôle de simples conseillers.

A la même époque se précise l'idée que la commune est une personne morale douée de certains privilèges et représentée par ses magistrats.

Les comtes ont fait rentrer dans les cadres de l'Etat les *communiones* bourgeoises qui, si elles n'étaient pas juridiquement reconnues, jouissaient du moins, au point de vue administratif, d'une entière indépendance.

Quelques remarques sont faites par MM. Chénon, Paul Fournier et Guébin.

REGISTER. — TABLE ALPHABÉTIQUE.

| | Blz. | | Blz. |
|----------------------------------|-------------------------|------------------------------------------|----------------------------|
| Aanvaarding.... | 218, 219, 222, 223 | Arms Doctrine of — | 200 |
| Abuse of right..... | 381 | Arras ... | 153vv., 156, 160, 163, 165 |
| Accessio..... | 500 | Asile (Droit d' —) | 50 |
| Accroissement entre légitimaires | | Assainteurement | 440 |
| 470,1 472,3 480,1 481vv. | | ATTON (Cardinal) | 83 |
| Actio certae creditae pecuniae.. | 411 | „Auctoritas” | 214 |
| Actio confessoria | 459 | Aurifrigium circulare | 133 |
| V. Servitutes. | | AUSTIN | 376 |
| Actio doli | 406 | Auxerre (Coutume d' —) | 281 |
| Actio Fabiana..... | 388,3 | Avignon (University of —) | 177 |
| Actio mandati | 203 | V. Schism. | |
| Actio negativa | 362 | Avranches M. S. | 498 |
| Actio quod metus causa | 409 | Azo | 499 |
| Actio rei uxoriae | 402 | | |
| Actio sacramenti | 497 | Babilonese (Diritto —) | 351vv. |
| Actio de sepulchro violato | 402 | BANNELIER..... | 259v. |
| Actiones in factum..... | 387,1 429 | BARTOLUS | 195v., 199, 204 |
| Actiones utiles..... | 414,1, 429 | Bâtard (Condition jurid. au M.-A.) | 95 |
| Aditio V. Aanvaarding. | | BEGAT | 261v. |
| Administration Roman — .. | 501 | Beklemrecht | 448, 461 |
| Administrative law | 379, 380v. | „Beknuppen” | 227 |
| ADUARD (Rechtstoel van) ... | 64vv. | Beneficia | 504, 505 |
| Affatomie..... | 510v. | Bénéfices ecclésiastiques 91, 92,1, 93s. | |
| Affranchissement.... | 432vv., 439vv. | Beneficium Competentiae..... | 405 |
| ἀγχιπτεία | 24, 25 | Benefice van Inventaris ... | 218, 219 |
| Aire | 153vv., 160, 162v., 165 | BENOIT XII | 84,3 |
| Albigensis | 510 | BERLIER..... | 256, 274v., 316v. |
| ALEXANDER III (Pope) .. | 43, 44, 47 | Béthune | 153, 159, 162, 165 |
| ALGER DE LIÈGE | 82 | Bewindvoerder | 226 |
| Amortissement | 249 | Beyrouth (Ecole de —) 107, 477,2, | |
| ANDREW (of Hungary) | 142 | 482, 488,2, 505v. | |
| Animus repudiantis..... | 472v. | Bezit..... | 221, 335vv., 445vv. |
| ANSELME DE LUCQUES..... | 83 | BOCCACCIO | 113,1 127,1 |
| Anselmo dedicata | 82 | Boedelhouder | 221 |
| Arbitrage V. Receptum Arbitri. | | Boedelscheiding | 226 |
| ARENA (JAC. DE —) | 195 | BOILEAU | 115 |
| Argentarii | 399 | Boke of Noblesse (The —) 182,3, 183 | |
| ARIOSTO | 113 | BOLESLAV (Duke of Poland).... | 143 |

| | Blz. | | Blz. |
|-----------------------------------------|--------------|--------------------------------------|--------------|
| BONET (H.) | 173vv. | Chartes d'hostises | 441 |
| BONIFACE VIII (PAPE)..... | 84 | Chartes-lois | 432vv., 508 |
| Bonnes Mœurs..... | 405,3, 428 | Chartes de Villes-neuves | 441 |
| Bonorum Possessio | 398, 421,3 | Chrétiens (persécutions)..... | 509 |
| „ decretalis..... | 398, 399 | Civitas (Grant of —)..... | 496 |
| Bonorum Possessio contra tabulas | | Clercs criminels..... | 45vv., 506 |
| liberti | 474vv. | Clerc (Tribunal du)..... | 88s., 244 |
| BOUHIER | 264v. | Cod. Theod. 7, 8, 9, 14 | 500 |
| Bourgogne | 257vv. | Codification..... | 76vv. |
| BRACTON | 324v., 498v. | COELESTINE III (Pope) | 132 |
| Branchage (Coutumes de —) . | 291v. | Cognitio extra ordinem | 431 |
| Bretagne..... | 507 | Cognitor | 401 |
| Bruges Library | 325vv. | Collaboratio | 505 |
| BRUNEL | 296v. | Collation (Droit de)..... | 93v. |
| Burgondes (Droit des —) | 19 | Collectio XII Partium | 82 |
| Butin | 208vv. | Color insaniae..... | 471,4, 474,1 |
| „ répartition | 211 | Commission intermédiaire des | |
| „ repris..... | 212v. | Etats de Bretagne | 507v. |
| Byzantin (Droit —) | 507 | Commissione (Contratto di —) 358vv. | |
| Byzantins | 477 | Communes | 511 |
| | | Compétence..... | 400, 427 |
| Caesaraugustana | 83 | Complaincte. V. Bezit. | |
| CALOJOHN (King of Bulgaria)... 143 | | Composition | 18, 24v. |
| Calumnia 393, 395, 407, 418, 421, 427 | | Concile de Pise-Milan | 85 |
| CALVIN | 114 | Concile de Trente | 85v., 104v. |
| CAMILLE | 213 | Condictio..... | 100vv. |
| CAMUS | 198 | Condictio incerti | 102 |
| Canon Law in BONET | 203 | Condominium | 106 |
| Canon Law..... | 493 | | |
| „ „ reception | 493, 498 | V. Propriété indivise. | |
| Canonique (Droit) | 80, 95, 507 | Consent op overdracht | 447 |
| Capacité d'ester en justice V. Lé- | | Consideration | 382, 492 |
| gitimation active et passive. | | Conspiracy | 378 |
| Capitation..... | 244, 507 | Constitutio Antoniniana (212)... 509 | |
| Capitis deminutio minima..... | 391 | Copropriété | 4v., 12 |
| CARACALLA (Edit de — (212)) . | 509 | | |
| Causa obligandi..... | 95, 492, 493 | V. Propriété indivise. | |
| Causae cognitio..... | 383vv. | Correality..... | 490 |
| „ extra procédurale..... | 384,2 | Crimen majestatis | 509 |
| „ in judicio..... | 385v. | Culpa in Engl. law | 382 |
| „ extra edictales | 412vv. | Cura | 503 |
| Cautio judicatum solvi | 395 | CUREL (DE) | 126 |
| Cautio rem pupilli salvam fore 394, 396 | | | |
| Celtes..... | 29 | Damage | 495 |
| Centumviri | 465vv. | V. Liability. | |
| | | Damnum infectum | 395,2, 397 |
| | | DANTE | 112,2, 124v. |

| | Blz. | | Blz. |
|-------------------------------------------------|--------------------|---------------------------------------------------------------|---------------------|
| „Dare actionem” | 386, 403, 1 | Eglise catholique (Organisation de l' —) en France | 87s. |
| Datio in solutum | 355, 357 | Emancipatio | 6 |
| Defensores ecclesiae | 245 | Emigrés | 244 |
| Délai (Prorogation de) | 403 | Emperor (German —)... 134vv. | 197 |
| „Deliberatio” | 135 | „ election | 137v. |
| Demi-libres | 441 | England (Feudal rights of the Pope) | 134 |
| Denegatio actionis 364, 370v., 415, 425, 431 | | English Law (History) | 376 |
| DÉNIZART | 285 | Erfdienstbaarheden v. weg 450v., 457 „ v. „ossegank” 452v. | |
| DÉPRINGLES | 261v. | Erfrecht | 224 |
| Dereptio | 210 | „ bij versterf | 233 |
| Desertion | 193 | ETIENNE DE TOURNAY | 47 |
| DEUSDEDIT | 39, 83 | Evêques (Election des) | 87 |
| Digesta; sources; composition. 478vv. | | Exceptio disqualificatoria 220, 222, 223, 227 | |
| Dig. 5, 2, 19 | 464vv. | Exceptio doli | 491 |
| Dig. 7, 9, 7, pr. | 365 | „ possessionis | 452 |
| Dig. 13, 7, 40 pr. | 372, 2 | „ justi dominii | 409, 423 |
| Dig. 27, 10, 1, pr. | 504 | Exceptiones c.c. accommodatae .. | 414 |
| Dig. 37, 10, 3, 4 | 421, 3 | Excommunication | 37vv. |
| Dig. 41, 1 et 2 | 492 | Exécuteur testamentair | 219 |
| Dig. 43, 18, 1 | 366vv. | Eyre (The General —) | 378 |
| Direptio | 210 | Faillite (Origines) | 248 |
| Donatio Constantini . 40v., 133, 144 | | Falso peso | 357 |
| Droit (Est-ce une science?)... 127v. | | Famille (Organisat. primitive).. | 3vv. |
| „ nouv. méth. jurid. | 130 | Fente (Principe de la). 272v., 300v. | |
| „ canonique (Enseignement en France).. | 80 | FICKER | 17 |
| „ „ (Infl. sur le droit civil) | 95 | FLAUBERT (G.) | 118v. |
| „ criminel dans les chartes . | 155 | Franche-Comté | 278v. |
| „ grec. V. Greek law. | | FREDERICK II (Emperor) | 132 |
| „ hébraïque | 208vv. | FREDERIK BARBAROSSA | 42v. |
| „ normand | 245, 247 | Furtum | 99 |
| Douai | 153v., 156, 160vv. | Gai Institutiones | 494v. |
| Duel | 188 | Gallicanisme | 86, 86, 1 |
| DUMOULIN | 262v. | G I R | 357 |
| DUNOD | 278v. | GOETHE | 116v. |
| DURANDUS | 201 | Greek law | 23vv., 376, 490 |
| Echevinage (Droit d') | 1vv. | St. GRÉGOIRE VII (Pape) 33vv., 83, 1 | |
| V. Schependomsrecht. | | GRIVEL | 278 |
| Echevins | 157vv., 163v. | Grondrente | 452v. |
| Editio Argentariorum | 399 | GUY COQUILLE | 282v. |
| Eglise. V. Justice, Propriété, Bé- néfices. | | GUYNÉ | 264v., 272v., 284v. |

| | Blz. | | Blz. |
|---------------------------------|---------------------------|------------------------------------------|--------------------------------|
| „Habilité” | 267 | JACQUET | 286v. |
| HADRIAN IV (Pope) | 42v. | JAN DU RABOT (P.) | 246 |
| Halb-freien | 441 | JEAN XXII (Pape) | 84 |
| HAMMURABI (Leggi di —)... | 351vv. | JEAN DE MEUNG (Apparition de —) | 173,2, 176 |
| HENRY IV excommunicated ... | 34 | JEAN DE MONTAIGU | 181,1 |
| HENRY VI | 132, 136 | JEAN LE FÈVRE | 174, 178 |
| Heraldry | 199v. | JEANNE D'ARC (Procès)..... | 94 |
| Hereditatis Aditio ab intestato | 407, 472 | Jews | 144v., 205 |
| V. Aanvaarding. | | JOAN OF NAPLES | 189 |
| Hereditatis Petitio | 407 | JOHN OF ENGLAND | 141 |
| Heres scripta | 473 | JOHN OF LEGNANO | 184vv. |
| Hérésie des clercs | 55 | JOHN OF SALISBURY | 41v. |
| Heretics | 144v., 146 | Judicium Operarum | 410, 423 |
| Hesdin | 153, 162v. | Jurisdictie | 338, 454, 456 |
| Homines de corpore. V. Serfs. | | V. Papacy. | |
| HONORIUS OF AUGSBURG | 39, 40 | Jurisprudence (Schools of —) | 376, 380 |
| HUGH OF FLEURY | 39, 40 | Juristes, venals, ambitieux .. | 124vv. |
| Hungary (Feudal r. of the Pope) | 134 | Jurists Engl. | 380 |
| Huwelijksvoorwaarden | 227, 230, 232 | Jus accrescendi | 470,1, 472,3, 480,1, 481vv. |
| Immunité | 92v. | Jus civile | 501 |
| Imperium. V. Emperor. German — | | Jus gentium | 501 |
| Incapables | 428 | Justice ecclésiastique .. | 45vv., 88vv. |
| Indefensio | 396, 427 | V. Papacy. | |
| Indultum der 7 Karspelen (1562) | 454, 455 | JUSTINIEN | 476v. |
| Injuria ... | 402, 404, 408, 423, 429,1 | King's Council | 379 |
| In jus vocatio | 406, 427 | KLIMRATH | 256,1 |
| INNOCENT III (Pope) | 131vv. | KOHLER (Jos.) | 256,1 266,3 |
| Insigniis et Armis (De —)... | 199v. | Kosterambt | 340 |
| Interdicta. V. Bezit. | | LANGLOIS | 76 |
| Interdictum fraudatorium | 408, 429,1 | Languedoc | 174, 179 |
| „ de superficiebus | 366, 368,1 | LAVARDY | 76 |
| „ quem usumfructum. | 362 | LEEUVEN (VAN) | 492v. |
| „ ne quid in flumine | | Legal History | 378 |
| publico | 410 | „Legare” | 499 |
| Interessi | 354vv. | Legati | 400 |
| „ tasso legale | 354 | Legitima pars | 465vv. |
| Interessi degl' interessi | 356 | Legitimation of Children | 145 |
| International law | 207 | Legitimation active et passive . | 401 |
| Interpolationes | 478vv. | Lex Aquilia | 495 |
| V. sub v. Dig. | | „ Calpurnia de repetundis... | 497 |
| Interpolazioni nella Legge di | | „ Julia 90 a. Chr. n. | 496 |
| Hammurabi | 360 | | |
| ISAÏE | 210, 216 | | |

| | Blz. | | Blz. |
|-------------------------------------------------------|---------------|------------------------------------------------------------|---------------|
| Lex Pompeia | 496 | Notitia Dignitatum | 497 |
| V. Loi. | | NOVELLA | 112 |
| Liability for damage by servants, by animals | 493 | OCKHAM | 198,2 |
| Liber Pauperum..... | 323vv., 327v. | OLDRADUS..... | 201 |
| LIGNAN (JEHAN DE —). V. JOHN OF LEGNANO. | | Ontervring | 226 |
| Liguriens | 30vv. | Oorzaak v. overeenkomsten | 493 |
| Lille 150, 153vv., 158, 160vv., 165v., 167,2 | | V. Causa obligandi. | |
| „Linealsystem” | 267v. | Openbare weg 344vv., 457vv., 461, 463 | |
| Loci similes | 486,2 | Orchies | 154 |
| Loi de Gortyne..... | 26v. | Ordres militaires | 249 |
| „ „ Nivôse An II.251vv., 313v. | | Orphans | 142v. |
| Loi des XII Tables..... | 214 | Orphelins | 505 |
| Lois (Leur style)..... | 122 | Oud-Hollandsch recht. V. Roman- Dutch law. | |
| Lords Lieutenants | 379 | OVANDO..... | 243 |
| LUCRETIVS | 213 | Oxford law school | 324 |
| MAETERLINCK..... | 119 | Papacy | 33vv., 131vv. |
| Magistrats des villes | 511 | „ jurisdiction of the P. in sec. matters | 138, 145 |
| Malen (Beding van vrij —) | 445 | „ P. as Vicar of Christ 138vv. | |
| MALUMBRA..... | 194 | Papes; Publications des Lettres | |
| MANLIUS CAPITOLINUS..... | 213 | Pontif..... | 84 |
| Manumission | 438 | „ prééminence du St. S.... | 87 |
| Marriage brokage | 493 | Papyri | 499 |
| MATIENZO | 243 | „ Oxyrrh. P. | 500 |
| MERLIN | 251vv., 310v. | Papyrus Heidelb. 1272 470vv., 481v., 487 | |
| Meubles et Acquêts ... | 263v., 300v. | Παραπομπαι..... | 486,2 |
| Middelstum..... | 446 | Parentèles | 251vv. |
| Minors | 142v. | „ définition..... | 260,4 |
| MIREPOIX | 107, 109 | „ au XVIII s. | 304v. |
| Missio in possessionem ... | 396, 429,1 | Paris (Coutume de —) .. | 109, 274v. |
| „Mobilier non habent sequelam”. 493 | | Parliament, History | 380 |
| Moines. V. Monastique (Ordre —). | | „Paterna paternis etc.” 7vv., 234vv., 262,1, 272v., 302 | |
| Monastique (Ordre —)..... | 88, 91,2 | Patronage royal..... | 95,3 |
| MONTAIGNE | 114, 127 | Patronatus | 341v. |
| MONTESQUIEU | 116, 128 | PAULUS | 264vv. |
| MORONE (Cardinal —) | 85, 104s. | „ Sent. III 4a, 7 | 504 |
| Mortemer (Plaids de —)..... | 245 | Pax Romana | 501 |
| Nakoop (Recht van —) | 237 | Personae miserabiles | 428 |
| NECKER | 247 | Personnes (Condition des — au M-A.) | 432vv. |
| Nepotisme | 163v. | | |
| Nevers (Coutume de —)..... | 282 | | |

| | Blz. | | Blz. |
|----------------------------------------|-----------------|----------------------------------------|----------------------|
| PÉTRARQUE | 112 | Ransom | 205 |
| PHILIPPE-AUGUSTE | 141v., 155 | RAOUL DE PRESLES | 197 |
| PIERRE LE CHANTRE | 47 | RAVENNE (JACQUES DE) . | 195, 201, 1 |
| Pignus..... | 368vv. | Receptum arbitri..... | 399, 427 |
| Pillage | 210, 217 | Rechtspersoon | 449v., 70-71 |
| PISAN (CHRISTINE DE) | 183, 200 | Recognitie bij overdracht | 447 |
| PLACIDUS OF NONANTULA | 40 | Regalia..... | 59, 249, 338, 446vv. |
| Plenair possessor | 335vv., 345vv. | Régale (Droit de)..... | 91, 92, 1 |
| Poena cullei..... | 496 | RÉGINON | 82 |
| Poissy | 85 | Reivindicatio | 362vv. |
| Poitiers; révolte de 1242 | 110 | RENUSSON | 285v. |
| Polycarpus..... | 83 | Representation 9vv., 13, 242, 251vv., | |
| Possessio..... | 335vv. | 257v., 264v., 269v., 284v. | |
| V. Bezit. | | Représentation en justice | 401 |
| Popes. V. Papacy. | | Reprisals | 189 |
| Postumi..... | 396 | Responsa..... | 466 |
| Precedents, judicial —..... | 493 | Responsibility | 382 |
| Prédigeste | 478 | V. Liability. | |
| Prestito ad Interesse | 352vv. | Restitutio in integrum 389vv., 403, | |
| Présuccession (Partage de —) .. | 244 | 419, 427 | |
| Préteur urbain | 383vv. | „ ob status mutationem 391 | |
| „ Compétence | 400 | Retour (beding) | 230, 232, 235 |
| Preuves dev. le magistrat | 418 | „ (Principe du —)..... | 7vv. |
| Prisches (Charte-loi de —) ... | 437v. | Retrait (Droit de —) | 279v. |
| Privilèges urbains | 170 | ROALDÈS (FR.) | 510 |
| Privilegium fori | 44, 88vv. | Roman law | 489vv. |
| Procédure canonique | 94 | Roman law in BRACON 324v., 498v. | |
| Prodigues | 503 | „ „ Reception | 493, 498 |
| Propres | 257v., 277v. | Roman-Dutch law..... | 492v., 498 |
| „Propres ne remontent” 250, 267v., | | Roman-Dutch, infl. of Canon law 493 | |
| 275v. | | ROUSSEAU DE LACOMBE..... | 281v. |
| Propriété ecclésiastique | 249 | Royal prerogatives | 381 |
| „ „ en France | | RUFINUS | 42 |
| 90v., 92, 1 | | | |
| Propriété indivise de famille. 4vv., | | Saint-Omer 153vv., 156v., 160, 162vv., | |
| 106, 109 | | 166 | |
| V. Condominium. | | Sale (Law of —) | 498 |
| „Proximité” | 269 | Sanguineae Virgae | 497 |
| Prud'hommes de Bourges..... | 508v. | Schependomsrecht ... 1vv., 237, 241 | |
| Publieke wegen en kanalen 344vv., | | SCHILLER..... | 117 |
| 346, 457vv. | | Schism (Great —) 175, 176, 1, 181, 184 | |
| Quaestio perpetua..... | 497 | Schouwing (Recht van —) 453v., 454v. | |
| Quaestiones | 466, 477, 484v. | Seigneuries rurales | 433vv. |
| Querela inofficiosi testamenti 465vv., | | Sens (Coutume de —) | 280v. |
| 467, 3 471, 4 | | Servitudes | 446vv. |

| | Blz. | | Blz. |
|----------------------------------------------------|------------------|-----------------------------------------------|--------------|
| Servitudes itineris .. | 450v., 457, 461 | Traditio Curiae saeculari. | 45vv., 506 |
| „ vicin. praed..... | 458 | Tree of Battles | 173vv. |
| SICILLE | 183, 200 | „ (Vogue of the work) . | 182vv. |
| Sicily | 134 | Tribal Law | 376 |
| Simony | 34 | Tribonianismes..... | 478, 479 |
| συνλον | 209 | V. Interpolationes. | |
| Slaves (Improvement of condi- tion —) | 501 | Tronc commun (Coutumes du —) 257vv., 277v. | |
| Società..... | 358vv. | Turpes Stipulationes | 405,3 |
| Solidarity | 490v. | | |
| Somnium Viridarii.. | 185,2, 197, 204 | UHLAND..... | 123 |
| SOUCHET | 292v. | ULPIANUS..... | 498 |
| Specification | 500 | „ Regulae..... | 494v. |
| Spoletto | 133 | Universities (Mediaeval —) .. | 177v. |
| Spolia | 209 | Universiteit. V. Rechtspersoon. | |
| Sponsio pro praede litis et vindi- ciarum | 395 | Ususfructus | 362vv. |
| STEPHANUS TORNACENSIS. V. | | „Uti legassit...” | 499v. |
| ETIENNE DE TOURNAY. | | | |
| Stipulatio alteri..... | 493 | VACARIUS | 323vv., 498 |
| Stipulations prétoriennes | 392v., 420 | VACELLA OF MANTUA..... | 324,1 |
| Subretour..... | 239 | VEGETIUS | 193,1 195 |
| Succession (Droit ligurien de —) | 5vv. | „Venerabilem” (Bul —) | 135vv. |
| „ dans l'anc. dr. franç. | 251vv. | VERMEIL | 267v. |
| Summarium possessorium | 336vv., 347v. | Vervoer (Beding van vrij —) .. | 448 |
| Superficie | 366, 408, 423 | Veuve (Droit de la —) | 505 |
| Suretyship of women | 493 | V. Widows. | |
| Swords (Theory of the two —) | 41v., 144 | Vicaire général | 88 |
| | | Villes | 514 |
| TAISAND | 262v. | V. Chartes-lois. | |
| Talmud | 210, 215 | VISCONTI (VAL.)..... | 181,1 |
| TASSO | 113, 127 | VOISIN | 277v. |
| Temporal Jurisdiction. V. Papacy. | | | |
| „ Power as a divine instit. | 39v. | Wages of soldiers | 203 |
| Testamentum | 499, 501 | War; justification..... | 188v. |
| „ inofficiosum .. | 465vv. | Widows | 142v., 204 |
| „ mutuum | 229 | V. Veuve. | |
| THEOBALD..... | 323v. | Wind (Recht van den —)..... | 446 |
| THOMAS A BECKET (St.) | 46v. | Year Books | 377 |
| | | Zakelijke bedingen | 68v., 445vv. |

TABLE DES MATIÈRES.

| | Blz. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| E. M. MEYERS, Le droit ligurien de succession | 1 |
| A. J. CARLYLE, The development of the theory of the authority of the spiritual over the temporal Power from Gregory VII to Innocent III | 33 |
| R. GÉNESTAL, La livraison du clerc criminel au bras séculier dans le droit ecclésiastique français du XIII ^e siècle | 45 |
| A. S. DE BLÉCOURT, Het veer te Garnwerd | 57 |
| J. VAN KAN, Une seconde tentative de codification sous Louis XV | 76 |
| GABRIEL LE BRAS, Chronique française (droit canonique) | 80 |
| G. CORNIL, Chronique belge (droit romain) | 99 |
| Compte-rendu | 104 |
| P. HUVELIN, Les mauvais étudiants en droit dans l'histoire | 111 |
| Sir ROBERT W. CARLYLE, The claims of Innocent III to authority in temporal matters | 131 |
| G. ESPINAS, L'évolution générale des privilèges urbains dans les centres principaux de la Flandre française depuis les origines jusqu'à la Révolution | 148 |
| G. W. COOPLAND, The Tree of Battles and some of its sources | 173 |
| PIERRE DE TOURTOULON, Examen de quelques textes de droit romain et de droit hébraïque sur le pillage, le butin et l'attribution du butin fait par l'ennemi et qui lui est repris (butin récupéré) | 208 |
| A. S. DE BLÉCOURT, Sententiën van de Hoofdmannenkamer van Stad en Lande | 218, 335, 445 |
| Rectificación | 243 |
| ERNEST CHAMPEAUX, Les parentèles en Bourgogne et dans l'ancienne France avant la loi de nivôse an II | 251 |
| F. DE ZULUETA, The Bruges manuscript of Vacarius | 323 |
| A. ZOCCO-ROSA, I nuovi frammenti delle leggi di Hammurabi. Rassegna sintetica | 351 |
| A. J. R. HEINSIUS, Eigendomsactie en excepties uit vruchtgebruik, opstal, pandrecht en erfpacht | 361 |
| Chronique anglaise | 375 |



**CIRCULATE
TO CARRIEL
WELLY**

ALF Collections Vault



3 0000 105 610 038